

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES ASTREINTES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 18 juin 1914, à 3 heures

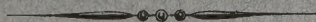
PAR

GR. PURICESCO

AVOGAT

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. AMBROISE COLIN, professeur.} \\ \text{M. TISSIER, professeur.} \end{array} \right.$



PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

RUE SOUFFLOT, 11

—
1914

DES ASTREINTES

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.*

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES ASTREINTES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 18 juin 1914, à 3 heures

PAR

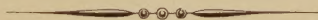
GR. PURICESCO

AVOCAT



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants { *M. AMBROISE COLIN, professeur.*
M. TISSIER, professeur.



PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

RUE SOUFFLOT, 11

1914

AVANT-PROPOS

Dans un but créateur, qui s'inspire surtout de la bonne et juste administration de la justice, la jurisprudence a fait, du système des astreintes, une œuvre des plus utiles, qui subsistera dans les temps à venir comme un fait acquis et bien établi sur le terrain si épineux du Droit.

Cherchant et s'efforçant toujours à rétablir dans leur état normal les droits de chacun, suivant l'ordre et la pure équité, elle aboutit au parfait accomplissement de son œuvre. Les critiques qui parfois lui sont adressées par la doctrine, avec laquelle elle est souvent en conflit, ne peuvent la détourner d'un tel but ; car elle n'a jamais abandonné, pour des raisons souvent purement théoriques, une œuvre qui lui a fourni l'occasion de si nombreuses et si heureuses manifestations. Bien établie et se fondant sur une expérience séculaire, elle continuera de réaliser cet idéal vers lequel, jusqu'à présent, tant d'esprits supérieurs se sont dirigés.

Les questions les plus difficiles à résoudre en doctrine et en législation sont par elle, et par elle seule, résolues, en des arrêts dont la supériorité et la juste interprétation des circonstances leur permettent non seulement de survivre à l'oubli des temps, mais de former une sorte de coutume, dont la puissance égale celle des lois. En restant toujours dans le domaine du Droit, d'ailleurs si vaste, la jurisprudence aboutit, par sa lente mais continuelle activité, à faciliter non seulement la tâche du législateur, mais le développement même de la science juridique. C'est pour de telles raisons que nous devons montrer envers elle toute notre confiance et notre admiration, en contribuant non seulement à la faire respecter, mais à l'aider dans l'accomplissement de son œuvre. Les magistrats qui en sont les auteurs sont pour nous des apôtres créateurs d'une source de droit nouveau vers lequel nos espérances doivent se diriger en cas de besoin ou d'embarras. L'idée que ceux-ci se font de leur mission, et leur rôle de créer des normes d'après lesquelles d'autres seront par la suite instituées, doivent nous suffire pour nous montrer leur lourde et bienfaisante tâche, pour la réussite de laquelle nous tous, qui nous vouons à la science du droit, nous devons lutter, en leur facilitant la réalisation d'une de leurs plus importantes préoccupations, la concordance des principes du droit avec les idées du temps.

Ainsi ce grand éducateur, si prématurément disparu, qu'a été M. Saleilles, s'efforçait (1) de faire admettre en législation et en doctrine cette idée d'une grande mission que la jurisprudence doit accomplir, en établissant entre la science du Droit et le milieu social une concordance parfaite.

Surtout de notre temps, nos préoccupations doivent tendre à la réalisation de ces idées d'où dépendent tout le progrès et la supériorité de la civilisation moderne.

Dévoués aux idées nouvelles, mais ménageant les vieilles traditions, efforçons-nous d'élever les idées du passé et la science juridique au niveau de la sociologie moderne. Tandis que l'activité du législateur ne se manifeste qu'à intervalles éloignés, et que son action est trop lente, la jurisprudence, comme nous le disions tout à l'heure, se manifeste d'une façon imperceptible, mais continue.

Toute question d'interprétation juridique soulève les mêmes problèmes que la réforme législative elle-même (2).

L'interprète, chargé d'expliquer la loi, de l'appliquer, ne peut pas ignorer les grands courants d'opi-

(1) R. Saleilles, le Code civil et la Méthode historique, *Livre du Centenaire*, 1904, p. 123.

(2) Henri Capitant. A son cours de législation civile comparée fait à la Faculté de droit de Paris en 1912-1913. Leçon introductive sur l'œuvre de M. Saleilles.

nion; car, malgré lui, il cherche à modifier les règles du droit pour les adapter au milieu social. Dans les temps modernes, le sens et la portée des textes changent avec l'évolution des mœurs et des idées, et le juge ne peut pas se tenir à l'écart des opinions qui tendent à s'imposer suivant les époques.

La sagesse et la prudence, dont jusqu'à nos jours la jurisprudence, dans ses diverses manifestations, a fait preuve sont trop évidentes, à notre avis, pour qu'elle puisse se laisser influencer arbitrairement, dans l'accomplissement de son œuvre, par les idées philosophiques, religieuses ou politiques du temps.

Car, au fond, c'est le rôle de la doctrine de lui imprimer, par des lois et règlements, la direction qu'elle doit avoir, pour que le droit soit uniformément appliqué avec précision.

La doctrine doit réglementer et fixer les divers phénomènes économiques et sociaux d'après des principes généraux, afin d'obtenir cette certitude, qui, suivant l'enseignement de M. Saleilles, est la garantie sociale que la loi doit aux citoyens et, d'autre part, afin de donner à la jurisprudence la possibilité de rendre le droit plus souple et plus social.

Voilà, selon nous, les principes que nous devons admettre afin de poursuivre, en la complétant, l'œuvre entreprise par tant de nos prédécesseurs, dont les efforts ont eu pour but d'établir une liaison

parfaite entre les principes du droit et les idées du temps.

*
* *

Dans toute société, le respect des droits acquis est un principe dont doivent se préoccuper tous ceux qui désirent sincèrement, non seulement le progrès, mais la libre expansion de l'activité individuelle.

Toujours soucieux d'un tel principe, nous devons rejeter toute idée de résistance à outrance par la violence, lorsque les mesures prises contre nous nous paraissent injustes; et nous devons, quand même, nous y soumettre, pour nous conformer à cette harmonie et à ce respect, qui doivent toujours former la garantie des droits de tous.

Chaque fois « l'esprit humain, avide de direction, souvent de tranquillité, se soumet facilement, et ainsi le droit n'a même plus besoin de manifester sa contrainte : on lui obéit bénévolement, l'assentiment succède à la force et, dans cette marche qui peut durer assez longtemps vers l'adoucissement de la vie sociale, on voit un progrès que l'on prend aisément pour définitif » (1).

(1) René Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, 1911, p. 17, ch. 1 : la Notion du droit.

Le respect du droit nous apparaît sous cette forme peut-être trop chimérique. Car, si de cette hauteur qui nous fait envisager une perfection plus apparente que réelle, nous descendons à des contingences moins sublimes mais malheureusement plus conformes aux nécessités de la vie, nous laissons les préjugés de toutes sortes occuper une bonne partie de l'activité humaine; et les individus, méconnaissant cette harmonie qui doit régner parmi les membres d'une même société, entrent en conflit avec ses institutions, cherchant à éluder par tous moyens les mesures prises contre eux.

Si, en de pareilles circonstances, les moyens nécessaires n'étaient prescrits, chacun agirait à son gré et personne ne trouverait dans l'organisation actuelle de la société une base solide, un appui en cas de trouble, et l'encouragement nécessaire, la satisfaction même de son droit.

A défaut du législateur, le juge a créé, par une pratique qui lui est propre, le moyen de vaincre la résistance de ceux qui, s'obstinant à résister aux ordres à eux imposés, troublent et menacent par leur insoumission l'harmonie de la société. En usant d'une sorte de contrainte, non sur la personne (car ce serait un attentat à la liberté individuelle interdit par la loi) (1), mais sur ses biens,

(1) La contrainte par corps, qui était régie par les articles 2059

même sans confiscation, le juge impose l'exécution de ses ordres.

C'est sous le nom d'astreintes (1) que ce moyen apparaît tant en doctrine qu'en jurisprudence, et, si, en terminologie, le terme n'est pas depuis si longtemps connu (2), la pratique le connaissait, comme système d'exécution, depuis bien longtemps.

Nous aurons d'ailleurs, dans l'exposé de notre étude sur les astreintes, l'occasion d'insister sur cette

à 2070 du Code civil a subsisté jusqu'en 1867. Toujours permise en matière commerciale, elle n'avait lieu en matière civile que dans certains cas exceptionnels énumérés par la loi (art. 2059 à 2062), et il était défendu aux juges de la prononcer pour d'autres causes (2063). Elle n'était possible que contre les majeurs ou pour des dettes dépassant 300 francs (2064-2065). Elle n'existe plus qu'en matière pénale pour le paiement des amendes et des indemnités et pour recouvrement des frais de justice.

(1) C'est un procédé utilisé en jurisprudence et qui consiste à condamner un individu, qui ne veut pas se soumettre à une sentence du magistrat, à une indemnité fixée à raison de tant par jour de retard jusqu'au moment où il exécutera la sentence obtenue contre lui. Un exemple des plus souvent cité est celui d'une femme contre laquelle le divorce a été prononcé, qui s'obstine à ne pas rendre à son mari les enfants issus de leur mariage, la garde lui en étant enlevée. Le mot tire son origine de la langue romaine (de *astringere*) et signifie une mesure destinée à opérer une contrainte, une pression sur une personne quelconque pour l'amener à exécuter son obligation.

(2) C'est à date récente qu'il a commencé à figurer dans les arrêts de la Cour de cassation (Cass. 20 mars 1889, S. 92. 1. 565; D. 89. 1. 382. — Cass. 1^{er} déc. 1897, S. 99. 1. 174; D. 98. 1. 289). Dans un arrêt du 26 janv. 1870 (S. 70. 1. 159; D. 70. 1. 88), on trouve le système désigné sous le nom de contrainte (Cass. 26 janv. 1870, S. 70. 1. 159, précité).

question, et nous verrons alors que les astreintes tirent leur origine d'une époque assez éloignée de celle à laquelle nous vivons.

Combattu et condamné par la doctrine, le système des astreintes s'est quand même imposé, donnant lieu à une jurisprudence « trop bien établie pour qu'on puisse la renverser ou l'ébranler » (1).

C'est d'ailleurs ce que nous nous proposons d'exposer en notre étude, en faisant ressortir la supériorité de ce système de la jurisprudence, qui « a pour elle l'utilité incontestable des résultats pratiques qu'elle obtient par un procédé absolument simple, et aussi cette considération de bon sens qu'elle ne peut nuire au débiteur qu'au cas où celui-ci montrerait une obstination impardonnable en refusant d'exécuter une sentence définitive » (2).

Aux critiques, d'ailleurs fort nombreuses que la doctrine ne cesse de diriger contre les astreintes, nous tâcherons de répondre, en nous aidant d'arguments empruntés aux commentaires de savants prédecesseurs, en doctrine même et en jurisprudence; nous réfuterons le mieux possible surtout les critiques de ceux qui envisagent les astreintes comme un procédé arbitraire et illégal. Dans ce but l'article qui, à son apparition, fit tant de bruit, et qu'a publié

(1) Planiol, 6^e éd., t. II, 1912, n^o 210, p. 75.

(2) Planiol, *op. et loc. cit.*

M. Esmein dans la *Revue trimestrielle du droit civil* (1), servira de base fondamentale à notre étude. Bien que la majorité de ceux qui, avant nous et dans les mêmes circonstances, se sont occupés des astreintes, soit hostile au système des astreintes, à cause de son illégalité, nous essayerons de démontrer que les astreintes ne sont pas arbitraires, mais parfaitement conformes à la loi.

Nous exposerons d'abord l'ensemble de la question, pour nous faire une idée de ce que sont les astreintes, des causes qui leur ont donné naissance, de leurs caractères; et pour passer ensuite à l'exposé de la loi, nous verrons si, d'après la loi, les astreintes peuvent être ordonnées, et si elles procurent aux personnes intéressées à l'exécution de leurs droits les mêmes avantages et la même efficacité que leurs droits mêmes.

Nous parlerons ensuite de la jurisprudence, pour démontrer comment elle s'est substituée au législateur, en corrigeant les lacunes de la loi par une création qui restera toujours comme une de ses œuvres les plus remarquables.

Par de nombreux arrêts nous montrerons comment cette théorie s'est constituée, et comment elle s'est maintenue jusqu'à nos jours, en procurant à la

(1) *Revue trimestrielle du droit civil*, n° 2, 1903.

société des garanties que le législateur a négligé ou dédaigné de lui offrir.

Après l'exposé de l'ensemble de la question, nous passerons à la dernière partie de nos recherches, qui formeront le chapitre critique de notre étude, dans laquelle nous envisagerons les astreintes au point de vue légal, pour voir si, entre ce système et les articles du Code civil, il y a une certaine contrariété et si le Code défend par des textes l'emploi des astreintes.

Les autres critiques de la doctrine auront certainement leur part dans cette recherche, qui, d'après nous, présente le plus d'intérêt et d'originalité. Nous devons seulement, maintenant que nous sommes arrivés à la fin de notre avant-propos, indiquer, pour plus de clarté, les trois parties principales qui formeront notre ouvrage :

Loi, Jurisprudence, Critique, et les subdivisions nécessaires à leur développement.

Si l'idée de commencer notre travail par un aperçu historique sur les astreintes nous a préoccupé un instant, nous préférons, en définitive, y renoncer ; car, à notre avis, la partie historique constitue un des arguments essentiels qui militent en faveur de sa légalité et a sa place tout indiquée dans la partie critique de notre étude.

Définition de l'astreinte.

Nous pensons qu'en commençant notre premier chapitre par une définition de l'astreinte, nous ne faisons que correspondre à une curiosité que tout lecteur éprouvera avant de pénétrer dans le détail de notre étude.

Une pareille méthode d'introduction est indispensable pour comprendre par la suite les diverses difficultés d'une étude plus détaillée, et les notions préliminaires nous permettront de nous assimiler, par une vue d'ensemble, les multiples aspects de la question.

L'astreinte, d'après la définition (1) qui me semble la meilleure, « est une condamnation pécuniaire prononcée à raison de tant par jour de retard (ou par tout autre unité du temps appropriée aux circonstances), et destinée à obtenir du débiteur l'exécution d'une obligation de faire par la menace d'une peine considérable, susceptible de grossir indéfiniment. »

La seule critique qu'on puisse apporter à cette définition est qu'elle envisage seulement les obligations de faire, alors qu'on peut appliquer notre système à d'autres sortes d'obligations, comme celles de don-

(1) Planiol, *Traité élém. de dr. civil*, 6^e éd., t. II, n^o 208, 1912.

ner, ou de ne pas faire, ce que d'ailleurs nous aurons l'occasion d'observer en étudiant plus spécialement les diverses causes qui ont contribué à la formation des astreintes.

A d'autres points de vue, cette définition a été critiquée, et notamment par M. Jacques Berryer dans son étude sur les astreintes (1).

1^o On a dit que cette définition est trop étroite, et qu'elle ne s'occupe que d'une des formes de l'astreinte, celle « à raison de tant par jour de retard », alors qu'elle peut être ordonnée à raison de tant par an, par semestre ou par mois, et même, quand il s'agit d'une obligation de ne pas faire, à raison de tant par infraction, ou sous la forme d'une condamnation unique.

2^o On a dit encore qu'il serait préférable de substituer à la notion de « peine considérable » (p. 20) celle d'une peine proportionnelle à l'intérêt en litige et à la fortune du débiteur.

D'après nous, toutes ces critiques sont sans fondement, et nous considérons au contraire que l'auteur de la définition précitée, quand il dit que « l'astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée à raison de tant par jour de retard (ou par toute autre unité du temps, appropriée aux circonstances) », envisage toutes les hypothèses possibles; car autrement,

(1) Jacques Berryer, *Des astreintes*, p. 19 (Thèse 1903).

les mots entre parenthèse « ou par tout autre unité du temps, etc. » n'auraient plus aucun sens.

La deuxième critique n'est pas mieux fondée que la précédente, car on ne peut supposer qu'un magistrat condamne un débiteur, possesseur d'une vingtaine de mille francs pour toute fortune, à payer, par exemple, dix mille francs par jour ou mois de retard, et les cas cités en jurisprudence se réfèrent à des situations différentes (1).

Certes, le magistrat tiendra compte, dans ses décisions, et des circonstances et de la situation matérielle du débiteur, tout en essayant de proportionner l'astreinte à l'intérêt en litige.

Il est facile de prévoir que la fortune du débiteur augmentera sa faculté de résistance, d'où la nécessité pour tout magistrat, dans la rédaction de ses jugements, de tenir compte de cette résistance éventuelle en majorant considérablement le montant de la condamnation.

En résumé, nous considérons que les critiques formulées à l'encontre de la définition que nous avons adoptée ne sont pas suffisamment établies.

Il suffit simplement d'abréger la définition : « une condamnation destinée à obtenir une exécution *d'une*

(1) Cass. 1^{er} déc. 1897, D. 98. 1. 289 ; S. 99. 1. 289. Il s'agit ici d'un riche débiteur condamné à payer une astreinte en raison de l'installation de la lumière électrique dans un grand hôtel parisien.

obligation de faire, » en supprimant les mots « de faire ». Le seul défaut de notre définition disparaîtra, et nous aurons ainsi une définition suffisamment compréhensible pour nous faire une idée de ce que nous devons entendre par le système des astreintes (1).

Causes de l'astreinte.

En insistant sur la définition de l'astreinte, nous avons dit qu'elle consiste dans une condamnation pécuniaire à tant par jour de retard, destinée à obtenir du débiteur l'exécution des obligations, par une peine considérable, susceptible de grossir indéfiniment.

Pourquoi donc user, pour forcer le débiteur à exécuter son engagement, d'un système non prévu par

(1) La définition que nous avons empruntée à M. Planiol a encore l'avantage de montrer que l'astreinte est un système d'exécution différant des voies d'exécution proprement dites et des dommages-intérêts.

Tandis que, par l'astreinte, la jurisprudence cherche à contraindre le débiteur à exécuter son obligation, par les voies d'exécution, la loi elle-même sanctionne, exécute les décisions judiciaires. Les astreintes sont formées par la jurisprudence, tandis que les voies d'exécution sont ordonnées par la loi.

L'astreinte est une menace contre le débiteur, tandis que les voies d'exécution sont des procédés légaux (en ce sens qu'ils sont prescrits par la loi). Elle diffère encore des dommages-intérêts en ce qu'elle vise moins le préjudice causé au créancier que le retard dans l'exécution.

la loi? Y a-t-il donc parfois des circonstances dans lesquelles aucun des moyens de coercition mis par la loi à la disposition du créancier ne peut suffire pour vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant?

C'est ce que nous chercherons à démontrer dans ce deuxième chapitre de notre avant-propos, où nous nous proposerons d'étudier les divers modes de formation des astreintes.

Tous les droits, remarque avec beaucoup de justesse Mourlon (1), « tirent leur force des moyens de coercition que le créancier peut employer contre son débiteur récalcitrant. »

Chacun de nous, une fois obligé, doit exécuter son obligation. C'est un principe prévu par le législateur lui-même quand il dit que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1341, C. civ.).

Que le créancier exige l'exécution de l'engagement pris envers lui, rien de plus légitime, et c'est ce qui arrive d'ordinaire dans la pratique, surtout quand l'objet de l'obligation, en cas de mauvaise volonté du débiteur, permet une des voies d'exécution prévues par la loi.

Nous voulons parler des conventions qui ont pour objet, soit de donner un corps certain, soit de payer

(1) Frédéric Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. II, p. 596, n° 1138.

une somme d'argent, soit de donner une quantité quelconque (par exemple, plusieurs sacs de farine), etc...

Dans tous ces cas, les voies d'exécution prévues par la loi sont suffisamment nombreuses pour contraindre le débiteur au paiement.

Mais si, en de pareilles circonstances, on peut arriver à l'exécution par des moyens prévus directement par la loi, il en est d'autres pour lesquelles cette exécution n'est plus possible. C'est le cas des obligations de faire ou de ne pas faire.

Comment les exécuter, par quel moyen, et quelle voie d'exécution prévue par la loi doit leur être appliquée?

Quand le juge exige la présence d'une personne pour un interrogatoire sur faits ou articles, se demande M. Demogue (1), l'amènera-t-on de force au tribunal, ou bien le juge se réservera-t-il le droit de la condamner, de lui faire perdre son procès, si elle ne vient pas?

Un commerçant ne produisant pas ses livres de commerce, y étant obligé, seront-ils saisis par la force publique?

Quand une personne tenue d'une obligation de

(1) René Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé*, ch. v. Du contenu des droits au point de vue de leur transformation en argent, p. 144, 1911.

faire (1) (peindre un tableau, dresser un plan, écrire un article, donner une représentation, etc.), ne s'exécute pas, emploiera-t-on des moyens de contraintes indirectes, des condamnations comminatoires, des saisies ou d'autres mesures susceptibles d'être ultérieurement rapportées?

Quand une femme refuse de réintégrer le domicile conjugal ou bien, après jugement de divorce, de laisser la garde des enfants à son mari, de quel moyen se servira-t-on contre elle pour la contraindre à exécuter les obligations à elle imposées, soit par un jugement, soit par la loi?

La mari pourrait recourir à l'exécution *manu militari*, mais nous croyons ce système trop vieux pour le ressusciter. D'ailleurs, même dans ce cas, l'impossibilité d'obtenir l'exécution de l'obligation elle-même subsisterait parfois.

Et c'est justement pour ces raisons que l'opinion des anciens auteurs, d'après laquelle les obligations de donner sont susceptibles d'exécution *manu militari*, et celles de faire ne comportent qu'une exécution par équivalent, est tout à fait erronée (2).

(1) Bien entendu il ne s'agit pas ici du cas où le débiteur, dont le concours personnel était indispensable, est mort; alors, comme le remarque M. Berryer (*op. cit.*, p. 10), on se trouve en présence d'une impossibilité matérielle absolue.

(2) Si la distinction entre les obligations, quant à leur exécution, a été remarquée dès la plus haute antiquité (elle existait en droit romain),

Comment appliquer la « *manu militari* » envers un débiteur qui a caché ou détérioré l'objet qu'il devait livrer à son créancier? N'oublions pas qu'il existe des obligations de faire, pour lesquelles le concours *personnel* du débiteur n'est pas nécessaire. Je suis, par exemple, condamné à démolir une maison qui menace ruine. Si je ne la démolis pas, un autre pourra le faire à ma place, sous la seule sanction de

le critérium de cette distinction n'a pas été dégagé avec netteté dès le début. C'est Vinus qui s'aperçut le premier de l'erreur des anciens auteurs, suivant lesquels les obligations de donner pouvaient toujours être exécutées *manu militari* et les obligations de faire ne comportaient qu'une exécution par équivalent (Meynial, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, *Revue pratique*, 1884, t. LVI, p. 392). Vinus, dit M. Meynial, « le premier déclare qu'il faut abandonner et développer la théorie telle qu'on la conçoit de nos jours. Il pose ce principe que : sont susceptibles d'exécution forcée en nature toutes les obligations, même de faire, qui ont pour objet *rei alicujus præstationem* », p. 393. Tout créancier a droit à l'objet même de sa créance, à moins que cet objet ne soit un fait personnel au débiteur. Une contrainte en ce cas serait, comme disait Bartole, lui imposer *quamdam speciem servituti*, car *nemo potest præcise cogi ad factum*. Cette théorie est adoptée généralement et Pothier, dans son *Traité de la vente*, ne fait guère que l'exposer, et de même Bigot-Préameneu l'a proclamée dans les travaux préparatoires de l'art. 1142, qui n'est que la traduction de l'adage tout à l'heure cité : *nemo præcise cogi potest ad factum*. Voir dans le même sens Aubry et Rau : « Quant au mode de contrainte ou d'exécution forcée que peuvent comporter les obligations de faire, il faut, pour le déterminer, distinguer entre les obligations dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur lui-même et celles qui sont susceptibles d'être exécutées sans sa participation ou sans intervention », et, plus loin, « le débiteur d'une obligation de la première espèce ne peut être personnellement contraint à l'exécuter. En cas de refus de sa part de l'accomplir, elle se résout en dommages-intérêts. *Ad factum nemo præcise cogi potest* », p. 63, t. IV, 5^e éd.

me faire supporter les dépenses nécessitées par les travaux de démolition.

1^o Nous devons en conclure que si, en principe, les obligations de faire sont susceptibles d'être exécutées *manu militari*, il y en a, par contre, quelques-unes pour lesquelles une pareille exécution serait impossible. Car comment forcer un acteur à jouer une pièce contre sa volonté? un journaliste à écrire un article ou un pianiste à donner un concert pour lequel il a été engagé?

Ce sont des situations contre lesquelles le législateur n'a rien prévu, et où l'œuvre créatrice de la jurisprudence s'est développée dans toute son ampleur.

2^o Dès les temps les plus anciens, la jurisprudence et la coutume se sont orientées vers un système tout à fait autonome pour satisfaire à la fois les nécessités de la pratique et le principe du respect des droits acquis, notamment, dans les cas où le créancier ne cherche pas à obtenir un profit pécuniaire, mais l'exécution même de l'obligation; par exemple : la réintégration du domicile conjugal, l'exécution d'un portrait par tel peintre déterminé, une pièce interprétée par l'acteur engagé.

En conséquence, les origines de l'astreinte proviennent de deux causes :

D'une part, la nécessité de trouver un moyen sûr, pour l'exécution même des obligations qui ne sont

pas susceptibles d'une exécution directe; de l'autre, le besoin de donner au créancier, non seulement un dédommagement pécuniaire, mais l'obtention en nature de l'obligation.

Ainsi s'est créée de toutes pièces la jurisprudence qui prouve ainsi, comme nous le fait remarquer M. Planiol (1), « qu'elle ne vit pas d'abstractions et... se forme au milieu de la réalité des affaires et d'intérêts. »

Caractères de l'astreinte.

C'est par ce chapitre que nous terminerons le rapide exposé que nous nous étions proposé de fournir dans notre Avant-propos avant d'aborder le fond même de notre étude.

Après la définition que nous avons donnée de l'astreinte et l'exposé des causes qui ont présidé à sa formation, nous étudierons donc maintenant les caractères de l'astreinte qui n'a été créée que pour répondre à une situation de fait et aux nécessités de la pratique.

Certainement le système de l'astreinte doit se différencier de toutes sortes de voies d'exécution et s'imposer par sa nature particulière et les caractères qui lui sont propres, assez efficaces pour éviter d'autres moyens de coercition.

(1) *Op. cit.*, t. II, 1912, n° 1428.

L'astreinte est une condamnation pécuniaire à raison de tant par jour de retard.

Donc elle ne constitue pas une sorte particulière des dommages-intérêts, dont le caractère essentiel est de dédommager le créancier en proportion du préjudice causé; l'astreinte constitue une exagération du chiffre normal de l'indemnité due.

C'est une menace qui place le débiteur récalcitrant dans une fâcheuse alternative :

Ou bien exécuter son obligation pour ne pas s'exposer à voir grossir indéfiniment la somme due primitivement, ou bien, faute de paiement, subir un appauvrissement qui, dans la même mesure, sera une source d'enrichissement pour son créancier.

En ce cas, l'astreinte prend la forme d'une peine considérable, prononcée à titre comminatoire, pour le cas seulement où le débiteur n'exécuterait pas son obligation dans le délai fixé par le tribunal (1) (Planiol, t. II, 1913, n° 208). Ce qui frappe dans notre système, c'est la possibilité d'accroître la somme à payer par le débiteur aussi longtemps que durera sa résistance.

Les caractères constitutifs de l'astreinte nous paraissent donc constitués :

- 1° Par l'exagération du chiffre de l'indemnité;
- 2° par une peine à titre comminatoire et pour le cas

(1) Toulouse, 30 juin 1909, P. et S. 1909. 42. 272.

seulement où le débiteur n'exécuterait pas son obligation dans le délai fixé par le tribunal.

En dehors de ces deux éléments, nous devons considérer, en outre, que le débiteur évite les effets de l'astreinte en cas d'exécution immédiate.

L'astreinte reste donc sans effets; comme quoi on voit également qu'elle est *provisoire*.

En terminant cet exposé, nous pensons, malgré des opinions contraires, avant de passer à l'étude des textes législatifs, qu'il n'est pas nécessaire d'insister sur les formes des astreintes.

Celles-ci ont pu être entrevues d'après nos explications précédentes; d'ailleurs, nous aurons l'occasion de revenir sur cette question parlant du rôle de la jurisprudence.

INTRODUCTION

Exécution des obligations en droit civil.

Tout d'abord nous dirons quelques mots de la « sanction » en général, avant de passer à l'étude des principes du *Code civil* relatifs à notre matière.

Nous ne commencerons pas, en nous occupant de la « sanction », par chercher dans un dictionnaire académique la définition de ce terme juridique, une pareille méthode étant trop didactique pour être suivie dans un travail qui n'a certainement pas la prétention d'enseigner sur une matière peut-être trop connue pour trouver dans le passé des idées nouvelles et personnelles.

En partant de cette idée que le but auquel tend chaque possesseur d'un droit est d'obtenir la réalisation en nature de ce droit, nous mettons ainsi en évidence une des différences fondamentales qui distinguent la Loi, de la Religion et de la Morale.

Une sanction doit être toujours susceptible de s'imposer par la force, même brutale, remarque un auteur (1) ; car la sanction, dans ce cas seulement, devient efficace par une coercition possible contre le délinquant.

C'est dans ce but que le législateur a édicté des sanctions rigoureuses contre ceux qui contreviennent aux dispositions de la loi, et des moyens de coercitions spéciaux pour des délits déterminés, par exemple, en cas de vol, puni de l'emprisonnement.

La sanction consistera quelquefois dans l'établissement d'une nouvelle relation juridique au profit du créancier ou même d'une autre personne.

Un exemple (cité par M. Roguin, *op. cit.*, p. 68) nous rappelle qu'à Rome, suivant la législation primitive dans le passé, le créancier impayé acquérait un droit de puissance sur le corps de son débiteur.

(1) Ernest Roguin, *la Règle du droit*, 1889, ch. iv : la Sanction, p. 65.

Nous ne partageons pas cette opinion. User de la force brutale est un moyen qui nous paraît contraire à la morale, et nous ne pensons pas que la doctrine puisse sagement en demander l'application. L'esprit moderne, si porté vers un idéal de liberté et d'humanité, s'opposera à de pareilles conceptions, et le législateur trop soucieux du développement et du progrès de la vie sociale ne prescrira jamais de pareilles sanctions. Et d'ailleurs quelle pourrait en être l'utilité ? La violence restera toujours comme une action inutile, car « le temps écoulé ne transforme jamais la violence en droit » (Terenzio Mamiani, *D'un nuovo diritto europeo*. Torino, Warzorati, 1859, p. 56).

La sanction peut encore consister dans l'extinction d'un précédent rapport de droit, par exemple dans les conventions synallagmatiques où la rupture des engagements d'une des parties délie les autres contractants de leurs engagements correspondants.

On peut encore concevoir la sanction comme l'application stricte de l'objet même du droit.

Celui qui s'obstine à ne pas payer une somme d'argent sera contraint au paiement. C'est une des circonstances où aucune sanction différente de celle de l'exécution forcée ne saurait être admise.

Par contre, la sanction peut consister dans un fait autre que celui constituant l'objet même du droit, ainsi qu'il peut arriver pour un engagement de faire ou de ne pas faire.

Ici, la loi ne prévoit plus l'exécution forcée, mais une autre sanction (1), sur l'efficacité de laquelle nous aurons l'occasion de revenir au cours de cet ouvrage.

(1) Ici on applique les art. 1142 et 1143 du Code civil, qui prescrivent une sanction généralement autre que l'exécution même du droit.

La raison de ces règles « doit être cherchée dans la considération qu'il est quelque fois impossible ou difficile à agir de telle façon, et aussi dans le respect de la personnalité morale du débiteur » (Roguin, *op. cit.*, p. 69). Certes, c'est la raison pour laquelle la législation ne prévoit pas l'exécution forcée. Mais pourquoi l'auteur cité ne fait-il même pas allusion au système des astreintes, étant donné que, avec les moyens de la loi, on ne peut obtenir toujours l'exécution, et surtout parce que ce système, non seulement enlèvera « la difficulté en

Après cette introduction, avant de passer aux explications que nous avons à donner sur les obligations de faire ou de ne pas faire, disons quelques mots sur les effets légaux des obligations en général.

Effets légaux des obligations.

En général, les effets des obligations ne présentent, en cas d'exécution volontaire de la part du débiteur, aucune difficulté.

Il n'en est plus de même lorsque le débiteur s'obstine à refuser l'exécution de son engagement. Dans ce cas, le créancier se trouve investi d'un droit de coercition, dont l'exercice peut aboutir à deux effets distincts :

1^o Il y aura des cas où le jugement pourra procurer au créancier le bénéfice réel, celui auquel il avait droit d'après son titre ;

2^o Le créancier ne pourra bénéficier de l'objet de

fait d'obliger quelqu'un à agir de telle façon », mais déterminera aussi le débiteur récalcitrant, « tout en respectant la personnalité morale du débiteur, » à l'exécution, par une contrainte qui n'est qu'une menace caractérisée par l'exagération du chiffre de l'indemnité et par une peine à titre comminatoire, due à cause du retard mis dans l'exécution de l'ordre de la justice ? C'est, je crois, une sanction dotée d'une force, quoique non brutale, mais assez efficace, et que la pratique a jusqu'à présent suffisamment prouvée pour amener à l'exécution même les plus récalcitrants des débiteurs.

l'obligation, mais seulement de son équivalent en argent.

Tel est le cas des obligations de faire, qui ne peuvent être exécutées par d'autres que le débiteur lui-même.

Outre ces deux avantages, le créancier pourra parfois aussi bénéficier d'un troisième avantage consistant dans le cumul de l'obligation et de dommages-intérêts (art. 1143 du Code civil). La loi intervient pour procurer au créancier le bénéfice réel, effectif, que lui assurait son titre de créance, par exemple au cas de dettes ayant pour objet des sommes d'argent ou des choses facilement estimables à prix d'argent, par exemple, denrées, sacs de farine, barriques de vin, etc.

En pareils cas, le débiteur refusant d'exécuter volontairement son obligation, le créancier porteur d'un titre exécutoire pourra faire saisir et vendre les objets saisissables du patrimoine du débiteur et se faire payer sur le prix, en retenant une somme équivalente à celle qui lui serait nécessaire pour acheter les denrées dues par le débiteur et qui formaient l'objet du contrat.

Cette exécution forcée concorde d'ailleurs parfaitement avec les prévisions de l'art. 2093 du Code civil, qui dit que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution ; à moins qu'il n'y ait

entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

Diverses procédures sont prévues par la loi pour réaliser ce gage commun à eux tous :

1^o La saisie immobilière pour les immeubles ;

2^o La saisie mobilière, la saisie-gagerie, la saisie-brandon, pour les meubles corporels ;

3^o La saisie-arrêt quand en litige il y a une créance ; ou l'action oblique (art. 1166 du Code civil) quand il s'agit d'intenter une action que le débiteur, au détriment des créanciers, a négligé d'intenter.

Nous ne pouvons exposer ici les conditions requises pour que tout créancier puisse bénéficier des avantages ci-dessus exposés que la loi lui accorde. Notons seulement que les créances en vertu desquelles la saisie est opérée doivent être certaines, liquides, etc.

Car une étude complète des obligations en général sortirait du cadre restreint de notre ouvrage, et nous nous bornerons dans les chapitres suivants aux obligations ayant pour objet un fait ou une abstention.

Obligations de faire ou de ne pas faire.

Ce sont, d'après la plus simple des notions, celles qui ont pour objet, soit l'accomplissement d'un fait,

soit une abstention (1). Ces obligations étant opposées par la loi à celles de donner, lesquelles ont pour objet la transmission d'un droit réel sur une chose, il ne saurait être question de leur appliquer une procédure par voie de saisie. Cependant la jurisprudence pourra directement intervenir dans certains cas pour procurer au créancier l'avantage en nature auquel il a droit.

C'est ce qui arrive, d'une manière générale, « toutes les fois que l'exécution forcée sera possible sans exercer une contrainte directe sur la personne du débiteur » (2).

Tout autre est la sanction prévue par la loi dans le cas où l'exécution forcée du débiteur n'est pas possible sans exercer sur lui une contrainte, c'est-à-dire sans user de violence sur sa personne (3).

(1) Larombière, t. I, art. 1142, nos 1 et 2. — Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 299, p. 60, texte et note 3. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n^o 429, p. 468.

(2) Huc, t. VII, n^o 134, p. 192. — Laurent, t. XVI, nos 157 et 199. — Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 299, p. 61. D'après ce qu'on peut remarquer, il n'en était pas ainsi en droit romain, où toutes les condamnations n'étant que pécuniaires, la force publique pouvait intervenir au profit du créancier toutes les fois que la dette avait pour objet un corps certain.

(3) Nul ne peut contraindre un peintre à faire un tableau, un acteur à jouer un rôle. Dans ces divers cas et d'autres encore, l'art. 1142 du Code civil reçoit son entière application (Demolombe, t. XXIV, n^o 492; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 299, texte et note 11), c'est-à-dire qu'on ne pourra pas contraindre le débiteur en usant de la violence sur sa personne.

En ce cas, le Code civil prévoit que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

C'est l'application de l'art. 1142 C. civ., qui en d'autres termes pose la règle, suivant laquelle : *Ad factum nemo præcise cogi potest* (1).

Cette règle, dit M. Huc, n'est elle-même qu'une exception, la règle générale étant que l'obligation de faire doit être ramenée à l'exécution par la force publique.

« C'est par exception et dans le cas où il faudrait pour y arriver violenter la personne du débiteur que, par la force des choses, le créancier devra se contenter des dommages-intérêts » (*op. cit.*, p. 192) (2).

C'est ce qu'on peut observer en lisant les articles 1143 et 1144 C. civ., qui ne font que limiter la portée de l'art. 1142 C. civ. Ces articles disent que les obligations de ne pas faire peuvent avoir une sanction directe, lorsque cette obligation, ayant

(1) Voir sur le sens de cette maxime la note 12 d'Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 299, p. 63-64, texte et note 12 bis, et les nombreuses citations de la thèse de Jules Génicon, *Astreintes et contraintes*, qui donne une étude complète de la règle *Nemo præcise cogi potest ad factum*, p. 174 et suiv. (Paris, 1910).

(2) Nous aurons l'occasion de voir un peu plus loin comment la question est réglée en droit allemand et suisse, et aussi l'étendue que nous devons accorder à cette maxime, trop surannée, d'après l'expression de M. Saleilles.

été méconnue, il est impossible de remettre les choses dans leur état primitif, par exemple lorsqu'une personne s'est obligée à ne pas exhausser sa maison, ou à ne pas planter d'arbres sur son terrain, etc.

En pareils cas le créancier peut être autorisé à enlever aux frais du débiteur les ouvrages élevés, les arbres plantés au mépris de cet engagement (1).

Il n'en serait pas de même si, en violation d'un engagement pris, un propriétaire avait fait placer une barrière pour empêcher de passer dans une de ses avenues (2).

L'idée qui se dégage nettement de l'ensemble de ces textes (et que nous verrons plus tard en faisant l'historique de la question) est que *le créancier a droit en principe à l'exécution en nature* (3).

Il est donc suffisamment prouvé, d'après l'art. 1142 C. civ., que « si un acte du débiteur est indispensable pour que l'obligation puisse être exécutée en

(1) J. G., *Obligat.*, 717 et S. — En ce sens : Larombière, t. I, art. 1143-44, n° 1 ; Demolombe, t. XXIV, n° 498 ; Demante et Colmet de Santerre, 2^e édit., t. V, n° 60 bis et II.

(2) Pothier, *Traité des obligations*, n° 158, et les autres renvois faits dans Dalloz, *Code civil annoté*, art. 1144, nos 3 et suivants, p. 130, 6, *adde* 1914.

(3) En nous exprimant ainsi, nous ne faisons qu'appliquer la règle de l'art. 1134 du Code civil, 1^{er} alin., d'après lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

nature, le créancier ne peut pas, en cas de résistance du débiteur, obtenir l'exécution *manu militari* et qu'il doit, en conséquence, se contenter d'une exécution par équivalence, c'est-à-dire des dommages-intérêts » (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 434, p. 470).

En insistant maintenant pour mettre en lumière le sens de l'art. 1142 du Code civil sur les diverses doctrines de l'ancien droit concernant l'obligation de faire, nous suivrons l'exemple de nos devanciers qui ont formé, à ce point de vue, une sorte de tradition. Nous emprunterons les détails de cette question, à laquelle nous ne pouvons d'ailleurs rien changer, à d'autres auteurs dans lesquels nous trouverons tous les détails nécessaires à une discussion qui, pour le moment, forme notre entière préoccupation (1).

Au moyen âge, les jurisconsultes avaient surtout

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, auxquels sont empruntés les détails dont nous aurons besoin au cours de notre étude et qui nous offrent le plus récent des ouvrages généraux du droit civil, ont eux-mêmes emprunté la partie qui figure au n° 432, d'après note 8, p. 472, n° 3, à l'excellente dissertation de M. Meynial sur la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire.

D'ailleurs, nous-même nous avons eu l'occasion de lire cette étude, qui, quoique écrite à une date assez lointaine (1884), restera comme une des plus intéressantes manifestations de critique et d'innovation.

été frappés de la particularité, attribuée aux obligations de donner, d'être plus appropriées à l'exécution en nature que celles de faire ou de ne pas faire, qui, suivant l'opinion courante, étaient tout à fait réfractaires à un pareil système d'exécution.

Cela s'explique par le fait que les obligations de donner ont pour objet une chose matériellement déterminée et qu'il n'est pas besoin pour les exécuter d'un acte du débiteur.

De cette observation les anciens juriconsultes « eurent le tort de déduire cette conséquence que la division des obligations en obligations de donner et de faire concordait avec leur division en obligations exécutoires et en obligations non exécutoires *manu militari* » (1).

C'est ainsi que Bartole résume cette idée : *Quando est in obligatione rem dari, qui præcise compellitur..., in obligatione autem facti, qui non præcise compellitur, sed liberatur solvendo interesse* (Sur la loi I *De act. empl.*, XIX. 1).

(1) Cette division n'avait, dans le droit romain classique, aucune importance au point de vue de la sanction, puisque la sanction était la même pour toutes les obligations. Quand s'introduisit pour le juge le droit de condamner *ad ipsam rem*, on aurait tort de croire que toute obligation de donner dût entraîner une condamnation *ad ipsam rem*, et toute obligation de faire une condamnation à l'intéressé.

On en conclut que les Romains n'avaient créé la division des obligations en obligation de donner et de faire, que pour déterminer dans quels cas la condamnation *ad ipsam rem* serait possible (Edmond Meynial, *op. cit.*, p. 388).

La division romaine, trop étroite, qui fait concorder les obligations de faire et celles de donner avec la division rationnelle des obligations exécutoires ou non exécutoires *manu militari*, ne tarda pas à se montrer sans fondement sous la pression de l'idée nouvelle, développée pour la première fois par Vinnius. Celui-ci, abandonnant la vieille distinction romaine, pose le principe que sont susceptibles d'exécution forcée en nature toutes les obligations, même de faire, qui ont pour objet *rei alicujus præstationem* : « *Fefellit eos quod putaverunt omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturæ, factaque nuda et simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt qualia sunt exempli gratia Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, forsam fodere, similia esse iis quæ in rei alicujus præstatione et juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus qui tenetur ex causa venditoris rem tradere* » (Instit. III, 4, n° 75).

De la distinction faite ci-dessus faite par Vinnius, on peut dégager cette idée générale que le créancier doit obtenir l'objet de sa créance, même quand cet objet consiste dans l'accomplissement d'un fait, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait personnel au débiteur (1).

« *Prioris generis facta (quæ in meris faciendi fini-*

(1) Contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution directe, ce serait lui imposer, comme disait déjà Bartole, *quamdam speciem servitutis*.

bus consistent) sunt ejusmodi quæ ut quis faciat cogi non possit vi et impressione, et ideo ne homini libero vis fiat, placet in his debitorem non præcise ad faciendum quod promisit obligari. »*

Cette doctrine fut, depuis, admise à peu près par tous les jurisconsultes (Cujas, *op. cit.*, 49, liv. IV, t. IX, p. 381), et notamment Pothier qui, dans son *Traité de la vente*, ne fait guère qu'exposer cette théorie (1) (Meynial, *op. cit.*, p. 533).

Pothier prévoyant le cas où on lui opposerait la maxime *Ad factum nemo præcise cogi potest*, remarque que cette maxime n'a d'application « qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur », auquel celui-ci ne pourrait être « contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté » (V. ci-dessus, n° 1). Il cite comme exemple d'obligation de cette nature l'obligation qu'une personne aurait contractée envers une autre d'entrer à son service, d'aller quelque part pour ses affaires, de copier ses cahiers, etc. (Louage, n° 66, Cpt., *Traité de la vente*, n° 68).

(1) Dans son *Traité du louage*, Pothier enseigne que le locataire a droit, quand le locateur refuse de lui livrer la chose louée, de se faire mettre en jouissance de celle-ci *manu militari*. En cette occasion, Pothier remarque que la maxime *nemo potest præcise cogi ad factum* n'a d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur, auquel celui-ci ne pourrait être contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté (n° 66).

Pothier ne fait donc que répéter les principes de la nouvelle théorie exposée par Vinntus, qui se résume en ce qu'en principe, le créancier a la possibilité d'obtenir l'exécution qui ne nécessite pas l'usage de la violence sur la personne du débiteur.

C'est de la même façon qu'en discutant la question, Bigot-Préameneu s'est exprimé : « L'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

« Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats. » (Fenet, XIII, p. 232; Locré, XII, p. 329, n° 38.)

Donc il y a un double motif à ne pas obliger, par exemple, un peintre à faire un tableau, un acteur à jouer un rôle, etc. D'abord il y aurait impossibilité absolue de contraindre le débiteur à l'accomplissement d'un fait personnel, et si, dans une pareille circonstance, la contrainte était possible, « il y aurait immoralité à l'employer, car en violentant le débiteur, on méconnaîtrait la dignité humaine. »

Quelle est donc, d'après ces notions historiques, la portée de l'art. 1142 C. civ. ?

Il met en évidence le principe tant de fois répété

jusqu'à présent, que le créancier a droit, toutes les fois que l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne nécessite pas l'emploi de la violence sur la personne du débiteur, d'exiger l'exécution en nature.

En d'autres termes, et à un point de vue pratique, l'art. 1142 du Code civil se résume en ce fait que toutes les fois qu'une obligation ne peut être exécutée sans user de la violence sur la personne du débiteur, le créancier doit se contenter d'une exécution par équivalent en dommages-intérêts.

Donc, ainsi envisagé, notre article reste sans grande importance; car les cas où devra être appliquée l'exécution par équivalent sont fort nombreux; et pourtant le législateur ne prévoit qu'une mesure d'exécution bien insuffisante, mesure qui souvent ne satisfera pas le créancier qui avait eu pour but, en traitant, d'obtenir non pas un équivalent de l'obligation, mais la réalisation même de l'engagement pris envers lui.

Il n'est pas admissible d'user de la force contre un peintre pour le décider à exécuter un tableau; un acteur pour jouer un rôle; un artiste engagé, pour illustrer un livre. Ce sont des cas qui ne prêtent pas à une pareille exécution, et le principe de la liberté individuelle s'y oppose.

On accordera des dommages-intérêts au créancier. Oui, c'est entendu! Mais alors que restera-t-il,

dans la pratique, du principe juridique inscrit dans la loi, suivant lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134 C. civ., 1^{er} alin.)?

Si nous sommes libres (et personne n'est forcé de s'obliger), une fois obligés, ne devons-nous pas tenir notre engagement?

Par conséquent, au point de vue strictement légal, contraindre un débiteur à l'exécution de son engagement, même *manu militari*, n'est pas un attentat à la liberté individuelle.

On ne le force pas de s'obliger (1), mais de respecter ce que lui-même, de sa propre volonté, en toute liberté, suivant son initiative, a fait.

Il ne faut pas exagérer l'application de l'article 1142

(1) On pourrait dire que souvent un débiteur s'engage contre gré. Nous ne nions pas que de pareilles exceptions puissent exister. Mais nous envisageons la question à un point de vue général. Et, selon nous, il est peu croyable qu'un acteur ou un peintre se soit engagé, étant forcé par un événement qui ait influencé sa volonté. En de pareils cas, nous avons à faire ordinairement à des grands artistes; dans leur refus nous devons voir plutôt une idée d'orgueil, de caprice, ou de mauvaise volonté, qu'une contrainte imposée par le besoin.

En pareils cas, nous devons admettre, qu'en acceptant d'exécuter à tout prix un engagement, un acteur ne fait que travailler pour le respect des engagements, donc de l'ordre et de la tranquillité dans les affaires, car autrement qu'arriverait-il si chacun de ceux qui s'engage pouvait, sous divers prétextes, refuser d'exécuter? Ce sont ceux-là des cas qui nous serviront dans le développement que nous ferons, quant au rôle de la jurisprudence en matière d'astreintes, pour conclure et appuyer avec plus de force en faveur de leur légitimation.

du Code civil et, par conséquent, nous devons nous abstenir d'aller trop loin en étudiant l'exécution des obligations par équivalent.

Le vieil adage *Nemo præcise cogi potest ad factum* était formulé en termes trop généraux, et pour cette raison, en lui donnant une portée moins grande, il est nécessaire de consulter l'histoire, ce que d'ailleurs nous pensons avoir fait suffisamment.

Force doit rester aux conventions, puisqu'elles font la loi des parties. Or, les conventions de faire exigent, en général, l'exécution en nature. Il est donc à souhaiter que le fait ou l'abstention qui forment leur objet soit accompli. Partant de cette idée, le code civil allemand rejette, non sans raison, la maxime que les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts, en cas d'inexécution (1).

Ci-dessus, en interprétant les articles 1143 et 1144 du Code civil, sur lesquels nous reviendrons, nous

(1) Ce n'est pas de même dans la législation suisse. Le code fédéral des obligations, art. 111, prévoit que « celui qui prouve le fait d'un tiers est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers ».

En ce qui concerne la législation allemande, M. Saleilles, après avoir affirmé que les obligations, quand leur impossibilité d'être exécutées dérive de la faute, se transforment en une obligation de dommages-intérêts, ajoute : « Mais il va de soi que cette obligation n'est que subsidiaire et suppose absolument impossible l'exécution en nature (art. 219-243), ce que le projet admet même à l'égard des obligations de faire ; et il écarte le vieil adage tout à fait suranné, d'après lequel les obligations de faire se résolvent en argent » (*Théorie générale de l'obligation*, édit. 1914, n° 25, p. 22).

disions qu'il y a des cas où le créancier peut être autorisé à enlever, aux frais du débiteur, les ouvrages élevés, les arbres plantés au mépris de l'engagement que le débiteur a pris de ne pas planter (1).

Le créancier pourra, non seulement obtenir la destruction de ce qui a été fait en violation de l'engagement, mais, en outre, il aura droit à des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il aurait éprouvé. C'est l'article 1143 qui s'exprime ainsi : « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu, » ce que signifie, en d'autres termes, qu'il pourra quelquefois y avoir cumul au profit du créancier qui obtiendra, à la fois, le bénéfice effectif de l'obligation et des dommages-intérêts (Huc, t. VII, p. 150, n° 132) (2).

Mêmes conséquences que dans le cas de l'article 1143 (3) du Code civil, lorsqu'il s'agit d'une

(1) J. G. S., Obligations, 709. En ce sens, Larombière, t. I, art. 1143-1144, n° 18; Demolombe, t. XXIV, n° 502; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 434.

(2) Voyez aussi notre chapitre sur les effets des obligations en général.

(3) Ce dont le créancier peut demander la suppression, en vertu de l'art. 1143, ce sont seulement les travaux matériels que le débiteur aurait exécutés en violation de ses engagements (D. P. 93. 2. 71,

obligation de faire, pour laquelle l'exécution ne dépend pas du fait personnel du débiteur.

Le créancier peut obtenir par jugement l'autorisation de faire exécuter cette obligation aux frais du débiteur (1), si celui-ci refuse de l'accomplir. C'est le cas prévu par l'article 1144 du Code civil, ainsi conçu : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. »

A cause de la discussion de ces articles, une question fort intéressante se pose.

L'octroi de cette autorisation présente-t-il, pour le juge, un caractère facultatif ou obligatoire ?

Les tribunaux sont-ils tenus d'autoriser le créancier à détruire les travaux ou à exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ?

Les systèmes qui ont prétendu résoudre cette question sont au nombre de trois. Pour nous mieux rendre compte de l'intérêt de la question, et pour mieux être en mesure de choisir lequel des

note 1). S'il s'agit d'un acte juridique accompli par le débiteur en contravention de son obligation, le seul droit du créancier consiste à demander des dommages-intérêts.

(1) Il en est ainsi lorsque, après avoir promis de construire une maison sur le terrain du créancier, de planter des arbres sur son propre fonds, ou d'abattre ceux qui s'y trouvent, le débiteur refuse de tenir ses engagements (Demolombe, t. XXIV, n° 499 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 435). Pour d'autres hypothèses, voir Dalloz, *Code civil annoté*, art. 1144, n°s 9 et suiv., p. 1030.

trois serait préférable, exposons-les, en donnant à chacun le développement qu'il mérite.

D'après un premier système, on distingue selon qu'il s'agit d'une infraction à l'obligation de faire ou à l'obligation de ne pas faire. Dans le premier cas, on admet que le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire, tandis que, dans le second, il serait tenu d'ordonner la destruction des ouvrages indûment construits lorsqu'elle est requise (1).

Ce n'est pas le système qui a triomphé, car cette distinction est bien peu rationnelle; en général, le législateur n'autorise pas facilement la destruction de travaux, même quand ils ont été faits en violation d'un droit (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, p. 476, n° 436, note 2).

D'après un deuxième système, les juges auraient, non pas la faculté, mais le devoir d'ordonner l'exécution en nature toutes les fois qu'elle est possible (2).

A ce système, la doctrine admet une exception, en

(1) En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 259, texte et note, p. 65. Comp. Demolombe, t. XXIV, n° 504.

(2) J. G. S., Obligat., 211. En ce sens : Toullier, t. VI, n° 218; Duranton, t. X, n° 460; Demolombe, t. XXIV, n° 738; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 437. — V. aussi le discours du tribun Favard (Loché, *Législation civile*, t. XII, p. 433): « Il a fallu laisser au créancier le droit de faire détruire, aux dépens du débiteur, ce qu'il aurait fait ou fait faire en contravention du contrat. Il a fallu aussi, et par la même raison, laisser au créancier le droit de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. »

reconnaissant au juge un pouvoir discrétionnaire pour régler le mode d'indemnité le plus convenable, lorsque l'exécution en nature risque d'atteindre d'autres intérêts que ceux du créancier et du débiteur (1).

C'est le système sur lequel la doctrine incline de plus en plus, mais pourtant ce n'est pas celui qui a triomphé en jurisprudence. D'après celle-ci (troisième système), les tribunaux jouissent, en cette matière, d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation; l'autorisation demandée n'est, en effet, qu'un moyen particulier d'obtenir satisfaction pour l'inexécution de l'obligation; et les juges peuvent rejeter la demande à fin de destruction (d'exécution formée par le créancier) pour adopter un autre mode d'indemnité, qui leur paraît plus juste et plus favorable à l'intérêt commun des parties.

En d'autres termes, qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou de ne pas faire, les juges ont le droit d'accorder ou de refuser, suivant les circonstances, l'autorisation au créancier (2).

En ce sens, on a jugé que si le créancier peut demander à être autorisé lui-même à faire ce que le

(1) J. G., Obligat., 212. En ce sens : Demolombe, t. XXIV, n° 506. Comp. Meynial, *op. cit.*, p. 410-411. Comp. aussi Req. 10 avril 1877, D. P. 74. 1. 35.

(2) J. G., Obligat., 718; J. G. S., *eod. vº*, n° 211. — En ce sens : Larombière, t. I, art. 1143-44, nos 7 et 9.

débiteur refuse d'accomplir, les juges ont la faculté d'accorder ou de refuser cette autorisation (Lyon, 14 juin, J. G. S., *Obligat.*, 211 1°).

On a jugé de même que le refus des tribunaux d'autoriser un créancier à faire exécuter lui-même, aux dépens du débiteur, une obligation de faire que ce dernier n'exécutait point ne donne pas ouverture à cassation (2).

C'est donc une faculté pour les tribunaux d'accorder l'autorisation, faculté qu'on rencontre indifféremment, qu'il s'agisse de l'article 1143 ou de l'article 1144.

« Attendu que les termes de l'article 1144 du Code civil sont facultatifs, et qu'il appartient aux juges de décider si les ouvrages construits par contravention à un contrat doivent être ou non détruits » (Req. 18 juin 1883, arrêt cité ci-dessus en note).

On peut consulter beaucoup d'autres arrêts dans le même sens au Dalloz (*C. civ. annoté*, p. 1031, § 3, n° 27-35 et *Additions* 1914, art. 1143-44, sect. III, nos 28 et 35). Il est difficile de se former une opinion pour déterminer auquel des trois systèmes donner la préférence, en raison des puissants arguments invoqués par les partisans du deuxième système contre la jurisprudence.

(2) Req. 20 déc. 1820, J. G., *Obligat.*, 718; Req. civ. 179; Civ. r. 19 mars 1855, D. P. 53. 1. 297; Req. 18 juin 1883, D. P. 84. 5. 353.

Sans doute, le créancier a le droit d'exiger, si possible, l'autorisation des tribunaux afin de destruction des travaux.

A ce point de vue, le passage du tribun Favard est décisif. Mais avec le rôle que la jurisprudence assume de plus en plus de nos jours, son argumentation n'est pas sans valeur (1).

Du moment que même les partisans du deuxième système admettent, dans un cas déterminé, une exception à leur théorie, pourquoi ne pas admettre que, dans les autres cas, les tribunaux ne puissent également user d'un pareil pouvoir?

Mais n'insistons pas. La tâche de renverser une doctrine trop bien établie ne peut nous être demandée, car on ne peut acquérir une connaissance approfondie du droit que par une longue vie de travail intelligemment consacré spécialement aux principes et à la pratique du droit.

Maintenant, en revenant de nouveau sur le principe posé par l'article 1142 du Code civil, concluons que, comme sanction de l'obligation de livrer, soit

(1) Elle s'appuie sur l'interprétation des art. 1143 et 1144 C. civ. L'art. 1143 C. civ. conclut par les mots : « Néanmoins le créancier a le droit de demander », etc..., tandis que l'art. 1144 s'exprime ainsi : « Le créancier peut aussi... », etc... Résulte, par conséquent, que c'est dans le premier cas qu'il y a obligation pour le juge et dans le second simple faculté.

née d'une obligation de donner ou d'une obligation de faire, l'atteinte portée à la personne du débiteur par l'exécution forcée est toujours la même, avec cette différence qu'au lieu d'une contrainte pour déterminer quelqu'un à faire ou à ne pas faire, nous aurions besoin d'une contrainte pour faire cesser l'opposition du débiteur à l'exécution (Meynial, *op. cit.*, 401).

Ajoutons encore, avant de finir ce chapitre, qui porte sur les obligations de faire ou de ne pas faire, qu'en principe le débiteur qui contrevient à une obligation est en demeure sans sommation ni clause spéciale (2).

C'est ce que dit l'article 1145 du Code civil (3) :
« Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. »

(1) Voyez Dalloz, *Code civil annoté*, § 3, p. 1032, n° 39.

(2) Comme le but de la sommation est de constater le retard que le débiteur apporte à l'exécution de son obligation, il n'était pas nécessaire, quant aux obligations de ne pas faire, d'ordonner une mise en demeure.

(3) Cet article, qui, suivant M. Baudry-Lacantinerie et Barde, eût été beaucoup mieux placé dans la section relative aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, est applicable, non seulement aux obligations qui ont pour objet une abstention, mais encore aux obligations de ne pas faire, qui sont la conséquence d'obligations ayant pour objet un fait positif, et aussi aux obligations de ne pas faire qui résultent d'obligations de donner.

Nous finirons par cette remarque que bien des fois le créancier ne pourra obtenir, en cas d'inexécution de l'obligation prise vis-à-vis de lui, que des dommages-intérêts, ou bien il pourra exiger certains dommages-intérêts en sus de l'exécution de cette obligation (Huc, t. VII, p. 198, n° 140).

Dommages-intérêts.

Après ce que nous avons eu l'occasion de voir, un chapitre destiné aux développements des règles qui régissent l'application des dommages-intérêts s'impose. L'ordre naturel des choses mêmes nous fournit un tel plan, car quoi de plus nécessaire que de discuter ce nouveau moyen par lequel on cherchera à satisfaire un créancier qui, à cause du retard ou de l'inexécution de son débiteur, a subi une perte ou a été frustré d'un gain.

Certes, il ne s'agit pas de discuter la question dans tous les détails que son développement comporte, mais de tracer plutôt les règles ou les principes essentiels qui se dégagent de l'ensemble de la théorie des dommages-intérêts.

Quel est le fondement de la théorie des dommages-intérêts?

Lorsqu'un débiteur n'exécute pas son obligation,

le créancier, par suite de l'inexécution de son débiteur, éprouve un dommage, ce qui, pour le créancier, est une perte (*damnum*) ou un empêchement de réaliser un gain (*lucrum*).

D'où le droit pour le créancier d'obtenir réparation du préjudice (résultant soit du *damnum emergens*, soit du *lucrum cessans*) par un équivalent, c'est-à-dire par une somme d'argent. Cette créance, compensatoire des intérêts lésés, ou pour mieux dire du préjudice causé, constitue pour le créancier un droit nouveau, qui a sa source dans un défaut d'exécution ou dans une exécution partielle de l'obligation.

Donc, pour que cette créance existe, le débiteur doit être mis en demeure à cause de l'inexécution de son obligation ou d'un simple retard dans l'exécution. C'est ce que dit l'article 1146 du Code civil.

« Les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite dans un certain temps qu'il a laissé passer. »

Nous n'insisterons pas sur la mise en demeure pour montrer comment elle pourra s'obtenir.

La question est assez connue, et on sait qu'elle peut résulter soit d'une sommation, soit d'un acte équivalent (art. 1139 C. civ.), et que lorsqu'il s'agit

d'une obligation de ne pas faire, elle résulte *ipso facto* de toute contravention à cette obligation.

Une exception à ce principe se dégage de la loi elle-même, qui prévoit le cas où il n'y aura pas besoin de mise en demeure, celui où, d'après la disposition finale de l'art. 1146, « la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer » (1).

Quant à l'application de l'art. 1146, la règle qu'il renferme, suivant laquelle « les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation », ne s'applique qu'aux obligations nées d'un contrat; la mise en demeure n'étant pas nécessaire lorsque les dommages-intérêts sont dus à raison d'un délit ou d'un quasi-délit (Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, § 2, p. 1033, n° 17).

On a jugé en conséquence qu'un vendeur peut être condamné à des dommages-intérêts, à raison du retard apporté à la livraison des marchandises par lui vendues, quoiqu'il n'ait pas été préalablement

(1) Dans ce cas, le simple retard dans l'exécution de l'obligation aboutit à une impossibilité réelle d'exécuter (Observation de M. Planiol, D. P. 92. 1. 257, note 1-2). D'après le même, il en est ainsi, non seulement lorsqu'il s'agit d'un acte isolé à accomplir dans un délai donné, mais aussi d'obligations qui ont pour objet un fait successif devant remplir toute la durée fixée.

mis en demeure d'opérer cette livraison, si cette condamnation a pour cause, non pas le retard apporté à la livraison, mais le préjudice causé à l'acheteur par certains agissements auxquels s'est livré le vendeur au mépris de ses engagements (Req. 18 février 1874, D. P. 74. 1. 309).

Si, en matière d'obligations conventionnelles en ce qui concerne le simple retard, la règle ci-dessus exposée est incontestable (1), il n'en est plus de même en cas de demande en dommages-intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation.

Deux opinions se sont formées à ce sujet :

D'après la première, la mise en demeure préalable est inutile lorsqu'il s'agit de réclamer au débiteur une indemnité à raison d'inexécution définitive (2).

La mise en demeure est, en effet, *en relation*

(1) J. G., Obligat., 751 ; J. G. S., *eod. vº*, 221. — En ce sens, Demolombe, t. XXIV, nos 513 et 514 ; Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 308 ; Demante et Colmet de Santerre, t. V, 2^e édit., n^o 2 bis, II ; Laurent, t. XVI, n^o 251 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n^o 468 ; Planiol, *op. cit.*, n^o 226, 6^e édit., 1913.

(2) Cette opinion a été défendue en 1857 par Larombière, et la jurisprudence a paru s'y rallier jusqu'en 1880, J. G., Obligat., 223 ; Req. 19 juillet 1843 ; J. G., Obligat., 712 ; Civ. r. 15 déc. 1880, D. P. 81. 1. 37. — En ce sens : Larombière, t. II, art. 1147, n^o 3 ; Demolombe, t. XXIV, nos 251-252 ; Guillouard, *Contrat de louage*, 3^e édit., t. I, n^o 108 ; Aubry et Rau, *Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations*, p. 65-67. Comp. : Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n^o 472).

nécessaire avec l'idée de retard; elle suppose que l'obligation est finalement exécutée ou qu'elle pourrait l'être, et qu'il s'agit uniquement de constater le retard fautif du débiteur (Planiol, *op. cit.*, n° 2271).

Donc ce n'est plus la peine de mettre en demeure un débiteur qui ne peut plus se libérer, car quelle en serait l'utilité?

L'autre opinion, adoptée depuis 1892 par la jurisprudence, est fondée sur ce que l'article 1146, qui statue sur la question, est conçu en termes généraux et ne fait pas de distinction entre les diverses espèces des dommages-intérêts; la règle qui subordonne à la mise en demeure préalable du débiteur l'obtention des dommages-intérêts s'applique, en principe, aussi bien au cas d'inexécution de l'obligation qu'au cas de simple retard (1).

A ce sujet, M. Planiol est d'avis qu'il faut « distinguer trois hypothèses, selon la nature variable de la cause en vertu de laquelle l'obligation reste inexécutée » (*op. et loc. cit.*).

Notamment il énumère : 1° *Le refus volontaire*; 2° *l'impossibilité fortuite d'exécuter* et 3° *la faute du débiteur*.

Il y aura une mise en demeure pour le cas d'un

(1) J. G., Obligat. 766; J. G. S., *eod.* v°, 223; Dissertation de M. Planiol, D. P. 92. 1. 257, note 1-2 (cité ci-dessus). — En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 308; Demante et Colmet de Santerre, 2^e édit., t. V, n° 62 bis, I et II.

refus volontaire; quelquefois pour le cas d'impossibilité fortuite (1), et jamais pour le cas où il y aurait une faute de la part du débiteur (2).

Ces questions une fois discutées, passons aux conditions que doit remplir l'inexécution d'une obligation pour donner naissance aux dommages-intérêts :

Pour que l'inexécution totale ou partielle d'une obligation puisse donner lieu à des dommages-intérêts, il faut :

1^o *Que cette inexécution ait causé un préjudice au créancier* et 2^o *qu'elle soit imputable au débiteur*.

Ce sont les idées qui se dégagent de l'article 1147 du Code civil, ainsi conçu : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'inexécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution

(1) En principe, le débiteur ne supporte pas les cas fortuits. Mais ces cas sont quelquefois mis à sa charge, ce qui arrive notamment lorsqu'il avait été mis en demeure avant la survenance du cas fortuit (Voir Planiol, *op. cit.*, n^o 233).

(2) Car la faute du débiteur est, par elle-même, un fait générateur d'obligations, ce qu'on trouve dans l'article 1145 du Code civil, qui prévoit la contravention à une obligation de ne pas faire. En ce cas, les dommages-intérêts sont dus sans mise en demeure, par le seul fait de la contravention. Or, cette contravention (Planiol, *op. et loc. cit.*) n'est pas autre chose qu'une faute, et la même règle est nécessairement applicable, pour la même raison, aux fautes commises par contravention à une obligation de faire ou de donner.

provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

Par conséquent, le débiteur est condamné, *soit à raison du retard dans l'exécution, soit à raison de l'inexécution de l'obligation.*

Tels sont les dommages-intérêts *moratoires et compensatoires*; le débiteur n'est condamné que *s'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée* et si le juge estime que le créancier a souffert un préjudice (ce qui ne pourra arriver que s'il existe un rapport direct de cause à effet entre l'inexécution ou le retard dans l'exécution et le préjudice subi).

C'est au demandeur en dommages-intérêts à justifier de ce rapport de causalité.

Donc, pour que le débiteur soit condamné, il ne suffit pas qu'il soit fautif, il faut que le créancier démontre que le dommage dont il se plaint lui a été causé directement par l'inexécution de l'obligation.

En ce cas, l'excuse de bonne foi invoquée par le débiteur ne lui sert à rien, car on ne tient pas compte de la bonne foi pour déterminer l'étendue des dommages-intérêts (Huc, *op. cit.*, t. VII, p. 200, 201-142).

Il faut donc poser comme principe, qu'en cas d'inexécution d'une obligation, et sans qu'il y ait

lieu de se préoccuper de la bonne ou mauvaise foi, c'est au débiteur de prouver le cas fortuit.

C'est lui-même qui devra prouver que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée.

L'art. 1148 dit qu'« il n'y a lieu à aucun dommage et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

La seule question importante est donc la question de la preuve de l'existence d'un obstacle (1) qui rend l'exécution totale de l'obligation impossible, et non pas seulement plus difficile ou plus onéreuse.

C'est en cette occasion qu'on a surtout discuté le cas des grèves (2), et on a conclu qu'une grève

(1) C'est à celui qui allègue le fait de la force majeure à en fournir la preuve. (J. G., Force maj., 14; Obligat., 746; J. G. S., Force maj., 27. — En ce sens : Larombière, t. II, art. 1148, nos 8 et 18; Demolombe, t. XXIV, p. 561; Demante et Colmet de Santerre, 2^e édit., t. V, n° 69 bis, I; Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 308, texte et note 76; Laurent, t. XVI, n° 278; Huc, t. VII, n° 144, cité ci-dessus en texte; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 466; Planiol, *op. cit.*, 6^e édit., n° 241).

(2) Une longue discussion s'est élevée à cause des grèves. Sont-elles des cas de force majeure ou non? On a fini par admettre l'affirmative. Ainsi il a été jugé : 1^o qu'on doit considérer comme un cas fortuit, ou de force majeure, aux termes des art. 1147 et 1148 C. civ., pouvant être invoqué par une compagnie de transports, pour s'exonérer de ses obligations vis-à-vis de ses créanciers, la grève qui provient d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable (Paris, 13 nov. 1903, D. P. 1904, 2. 73); 2^o que les grèves générales ou partielles qui se pro-

d'ouvriers ne peut constituer un cas de force majeure, dispensant une partie en cause d'exécuter son obligation, que si, d'une part, la grève ne pouvait être prévue ni prévenue par elle, et si, d'autre part, l'obstacle apporté par la grève à l'exécution de l'obligation est tel qu'il ne puisse être surmonté et ne laisse place à aucun autre moyen d'exécuter l'obligation (D. P. 95. 2. 214, note 2, 4).

Donc, l'effet principal et constant de l'existence d'un cas fortuit ou de force majeure est d'exonérer le débiteur de l'obligation de payer des dommages-intérêts toutes les fois qu'il justifie que l'inexécution de l'obligation ou le retard apporté à l'exécution provient d'une cause qui ne lui est pas imputable (1).

Peut-être est-il maintenant excessif d'insister sur la signification des expressions « *cas fortuit* » et « *force majeure* ». Cependant, et en commençant par le cas fortuit, nous dirons simplement que c'est l'accident

duisent au cours d'une entreprise n'ont pas nécessairement, au point de vue de l'exécution du contrat qui lie l'entrepreneur au maître de l'ouvrage, le caractère d'événement de force majeure (Cons. d'État, 29 janv. 1909, avec les conclusions de M. Tardieu (1^{re} et 2^e espèces), D. P. 1910. 3. 89. — Voyez aussi : Req. 31 oct. 1905, D. P. 1907. 1. 38, qui admet l'affirmative). La négative a été adoptée par un arrêt (Cass. 11 juillet 1899, D. P. 1900. 1. 374). L'obstacle pouvait être levé. Voyez aussi Fernand Amiot, De la répercussion des grèves ouvrières sur les contrats (*Annales du droit commercial*, 1903).

(1) J. G., Obligat., 721-739; J. G. S., Force maj., 29; Obligat., 216; Req. 14 mai 1872, D. P. 73. 1. 78. — En ce sens : Demolombe, t. XXIV, n° 252; Laurent, t. XVI, n° 170; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 455; Planiol, *op. cit.*, t. II, 6^e édit., n° 231.

produit par une force physique inintelligente, impossible à prévoir par les parties, tandis que la *force majeure* est le fait d'un tiers (*vis major*), qui a créé, à l'exécution de l'obligation, un obstacle que la bonne volonté du débiteur ne peut surmonter (Voir, pour d'autres détails, Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, sect. 4, nos 235, 259, p. 1044). Passons maintenant à l'évaluation des dommages-intérêts et disons qu'en principe les dommages-intérêts se composent d'un double élément : 1^o *De la perte éprouvée par le créancier*, et 2^o *du gain dont il a été privé par l'inexécution de l'obligation*.

C'est l'art. 1149 du Code civil qui le dit, en s'exprimant ainsi : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. » Cet article met ainsi en évidence les deux éléments nécessaires des dommages-intérêts que désignaient les juriconsultes romains sous les noms de *damnum emergens* et de *lucrum cessans*.

Si les dommages-intérêts ne pouvaient pas comprendre ces deux éléments, ils ne correspondraient pas à leur désignation, qui consiste à mettre le créancier dans la même situation que si l'obligation avait été exécutée.

L'art. 1149 du Code civil pose, par conséquent, un principe essentiel. A cause de ces deux éléments le

créancier qui réclame l'indemnité doit prouver, en dehors du montant de la perte subie, celui du gain dont il a été privé (1).

En donnant comme base aux dommages-intérêts, dus à raison l'inexécution d'une obligation ou du retard, la perte subie par le créancier et le gain dont il a été privé, le législateur, suivant l'opinion courante, résout implicitement la question de savoir si les dommages-intérêts peuvent être alloués pour un préju-

(1) On discute, en cette occasion, la question de savoir si on peut vaincre la résistance d'un débiteur refusant d'obtempérer à un jugement par une allocation de dommages-intérêts, à tant par jour, prononcée à titre comminatoire.

La doctrine est presque unanime contre un pareil moyen de vaincre la résistance d'un débiteur. Elle dit que le juge ne peut prononcer de condamnation qu'à titre de réparation du préjudice causé au créancier, mais jamais comme moyen de contrainte et pour vaincre indirectement la résistance du débiteur (J. G. S., Obligat., 253, D. P. 91. 1 3, note 1 et 2. — En ce sens : Demolombe, t. XXIV, n° 496; Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 299, texte et note 12 et 16; Huc, t. VII, n° 145; Laurent, t. XVI, nos 301 et 302; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, nos 977 et suiv.).

Dans le même sens, d'après la jurisprudence belge, aucune disposition légale n'autorise les tribunaux civils à prononcer des condamnations pécuniaires à titre de simple contrainte pour assurer l'exécution de leurs jugements (D. P. 91. 1. 31, note 1 et 2 (précité); Bruxelles, 5 août 1880, et, sur pourvoi, C. cass. de Belgique, 19 janvier 1882, D. P. 82. 2. 84).

En ce qui concerne le bien fondé des critiques de la doctrine contre les astreintes, nous nous réservons de les discuter longuement dans la dernière partie de notre ouvrage (qui parlera spécialement de cette question). Nous espérons y démontrer, avec l'appui de la doctrine même et de la jurisprudence, que l'application de l'astreinte n'est pas contraire à la loi, et que si la loi est muette à ce sujet, elle n'en défend pas non plus l'application.

dice moral (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, § 480, p. 509).

Nous avons à discuter maintenant la question de savoir si une indemnité est possible comme réparation d'un préjudice moral.

Si une pareille indemnité est possible, la loi a-t-elle prévu le cas?

Il s'agit d'une lésion extra-patrimoniale, qui n'atteint pas les biens. La réparation est-elle due?

D'après l'idée dominante en doctrine, le préjudice moral peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsqu'il résulte d'un délit, ou d'un quasi-délit (art. 1382), mais non lorsqu'il a pour point de départ l'inexécution d'une obligation conventionnelle (1).

Ce n'est pas l'idée qui a triomphé en jurisprudence, qui, tout en admettant les dommages-intérêts moraux d'un délit ou quasi-délit, tient compte aussi de l'intérêt moral du créancier et du préjudice immatériel qu'il éprouvera (2).

En ce sens, on a jugé que le seul préjudice moral,

(1) Laurent, t. XVI, n° 281 ; Huc, t. VII, n° 147 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 480 et 481 ; Meynial, *op. cit.*, p. 440 *in fine*. — V. en sens divers : Cr. c. 18 mars 1853, D. P. 53. 5. 167 ; Poitiers, 11 nov. 1873, D. P. 75. 1. 340 ; Pau, 24 déc. 1883, D. P. 85. 2. 221.

(2) Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 252, *in fine*. — Comp. : Chausse, De l'intérêt d'affection, *Revue critique de législation et jurisprudence*, t. IV, 1895, p. 437 et n° 5 ; Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, p. 17 et suiv.

notamment le préjudice causé par une action purement vexatoire en justice, suffit pour donner lieu à des dommages-intérêts (Req. 24 mai 1842, J. G., Obligat., 777-1^o; Prise à partie, 8).

La jurisprudence est constante à cet égard, et l'on obtient tous les jours des tribunaux la réparation pécuniaire de préjudices non matériels dans les matières les plus diverses (1).

La jurisprudence ne tient pas compte des critiques de la doctrine suivant laquelle un préjudice moral ne peut être remplacé par une somme d'argent, car un tel préjudice n'entraîne pas la diminution du patrimoine du créancier.

Les critiques auxquelles nous faisons allusion ne sauraient être valables qu'au cas où on admettrait que l'argent représente l'équivalent des dommages moraux, comme il est celui des dommages-intérêts.

Mais ce n'est pas notre opinion. Tout au contraire, nous affirmons qu'ici l'argent ne peut plus jouer le même rôle pour satisfaire le créancier. Ce n'est qu'un équivalent *très grossier*, qui ne devient une compensation que sous une forme très indirecte.

(1) Notamment, dans le cas où un banquier occasionne un protêt en ne payant pas un effet de commerce, bien que nanti des fonds; l'atteinte portée dans ce cas à la considération commerciale du négociant, dont on aurait laissé protester la signature, impliquerait un dommage pécuniaire et il y aurait lieu, par suite, à dommages-intérêts (Dalloz, *Code civil annoté*, art. 1149, § 1, n^o 5, p. 1047 et les citations).

« Il ne permet pas d'obtenir une chose identique, qui n'existe pas, mais de me procurer des objets qui me causeront un plaisir à peu près égal à celui dont j'ai été privé (1). »

Il s'agit, par exemple, d'un vendeur qui devait me livrer un tableau (2) d'un maître, un objet d'art qui était unique, sans équivalent véritable; ou de la promesse qu'un artiste m'a fait d'illustrer mon ouvrage; d'un objet qui a pour moi une valeur de souvenir.

L'appréciation de l'indemnité sera tout à fait difficile, et pour qu'elle représente à peu près la valeur véritable de mon objet, on devra faire une appréciation fondée du domaine de la psychologie individuelle.

On fixera le prix auquel approximativement les connaisseurs estiment des œuvres d'art de tel peintre, etc... et on y ajoutera une somme qui représentera l'intérêt pécuniaire de l'affection lésée, en

(1) René Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé*, 1911 ; ch. v : Du contenu des droits au point de vue de leur transformation en argent, p. 449. Dans le cas où un enfant mort, ses parents n'ont de lui comme souvenir qu'un tableau qui le leur rappelle. Quelqu'un le détruit. L'objet qui remplacera soi-disant la perte sera une somme d'argent, considérée comme un équivalent (assez grossier), en tant qu'elle procurera à la personne lésée dans son affection une satisfaction quelconque, un moyen de compenser son chagrin et sa tristesse.

(2) Le cas est assez connu : il s'agit d'un arrêt célèbre rendu par la Cour de Paris le 4 juillet 1865 (S. 65. 1. 233, D. P. 2. 201, affaire Rosa Bonheur, cité par M. Chausse, *op. cit.*, p. 430).

calculant quelle devrait être son intensité normale et en faisant très approximativement une évaluation pécuniaire (R. Demogue, *op. cit.*, p. 450).

On ne doit laisser aucun droit sans sanction; c'est un principe sans lequel la science du droit n'aurait aucune signification.

Du moment qu'une personne a subi un préjudice matériel ou moral d'affection, un dédommagement lui est dû.

C'est en ce sens que nous guide l'intérêt même de la société (1); car en agissant ainsi, on élargit consi-

(1) On voit par là combien il est malaisé de transformer en droit une chose ou un fait en un équivalent pécuniaire.

On fait pénétrer ici une véritable idée de peine privée, source de nombreuses difficultés, surtout quand on examine le point de savoir si la peine doit être fixée ou laissée à l'arbitraire du juge (Demogue, *op. cit.*, p. 451, note 2). Nous renvoyons à l'étude de M. Hugueney, *l'Idée de peine privée en droit contemporain*, p. 329 et suiv. Il y a des cas où le législateur est porté à fixer lui-même le montant de l'indemnité, ce qui est alors tout à fait l'idée d'une peine privée (art. 117, C. pén., pour le cas de violation de la liberté individuelle où des dommages-intérêts ne peuvent être moindre de 25 francs par jour de détention arbitraire).

Malgré toute la séduction qu'on subit en lisant les auteurs qui soutiennent que l'indemnité des dommages moraux est une peine (privée), nous ne croyons pas que l'idée soit exacte.

Il ne s'agit pas ici d'une peine, mais d'une réparation. En attribuant à l'indemnité due à cause d'un préjudice moral le caractère d'une peine, comme la peine enrichit le créancier et appauvrit le débiteur, on arrivera à admettre, comme évaluation, une valeur plus grande que la perte (ce qui serait un surplus de satisfaction, transformé en un enrichissement et que la loi interdit formellement). Les dommages-intérêts n'ont pas une fonction pénale. C'est donc à tort qu'on soutient, pour notre hypothèse, l'application de l'idée d'une peine privée.

dérablement le domaine du droit, puisque le juge est chargé de protéger même les intérêts moraux.

« L'homme ne vit pas seulement de pain, et il a autre chose en vue que ses intérêts pécuniaires. »

On réduira ensuite considérablement la portée pratique du vieil adage qui est trop absolu parfois : *Pas d'intérêt, pas d'action*. « Un archéologue pourra invoquer le préjudice que lui cause la démolition d'une construction pittoresque, une exploitation industrielle dans un site agréable. Les droits deviendront *populaires*, au sens que l'on donne à ce mot dans le droit pénal romain. Chaque droit s'étendra infiniment dans ce sujet » (Demogue, p. 188).

Et tout en poursuivant notre discussion avec M. Demogue, nous arriverons à cette conclusion qu'ainsi il y aura solidarité entre des groupes considérables de personnes, et que isolément ces intérêts étant souvent trop faibles pour qu'un seul se décide à user, on les réunira en « un faisceau par un groupement qui exercera l'action », ce qui aboutira précisément à l'idée de « syndicalisation des actions ».

Il est un peu risqué d'avoir une pensée empreinte d'un tel idéalisme. Nous venons trop souvent en contact avec la réalité des choses pour pouvoir nous imaginer que nos théories aboutiront avec une facilité égale à l'ardeur que nous mettons à exposer nos idées.

Nous croyons avoir suffisamment insisté sur le préjudice moral et avoir dit tout ce qu'il fallait exposer.

De nos jours, la question est tranchée dans le sens précédemment indiqué, et la jurisprudence, par ses nombreuses manifestations en faveur de l'indemnité due à cause du préjudice moral, s'est montrée suffisamment nette, pour qu'il ne subsiste plus aucun doute en la matière.

En définitive, nous estimons absolument que le préjudice moral doit être indemnisé, bien que l'argent ne puisse parfaitement satisfaire la victime; car il ne faut pas, en admettant, suivant la doctrine, une réparation pécuniaire en matière de délit, ne pas l'admettre également en matière de contrat, car ce serait procéder par deux méthodes différentes dans une matière où aucune raison ne le demande. « Au surplus, ainsi que le dit M. Boistel, de ce qu'on ne peut pas faire mieux, ce n'est pas une raison pour ne rien faire du tout. »

En nous occupant toujours des règles qui régissent l'application des dommages-intérêts, nous dirons qu'il faut distinguer, pour le calcul des dommages-intérêts, entre le débiteur coupable et celui qui n'est pas coupable de fraude.

En ce sens, l'art. 1150 du Code civil dit : « Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du con-

trat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »

C'est de la fraude dont il s'agit dans cet article, de la fraude qui consiste à frustrer celui avec qui on a déjà contracté, et non du dol considéré comme vice du consentement, et agissant directement sous l'empire d'une erreur qu'on fait naître dans son esprit.

Le dol n'a donc pas, dans l'art. 1150, le même sens que dans l'art. 1116 du Code civil. Ce n'est pas une manœuvre exercée contre la partie (1) adverse, mais une intention coupable, une mauvaise foi.

La règle par l'art. 1150 du Code civil en vertu de laquelle le débiteur, lorsqu'il est de bonne foi, n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, est fondée seulement sur une interprétation de volonté (2).

La difficulté n'apparaît que quand il s'agit de savoir quels sont les dommages qui ont pu être prévus (3).

(1) J. G., Obligat., 729. — En ce sens : Larombière, t. II, art. 1150, n° 131 ; Demolombe, t. XXIV, n° 604 ; Huc, t. VII, n° 150 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n°s 106 et 483 ; Planiol, 6^e édit., t. II, n° 249.

(2) J. G., Obligat., 789 ; J. G. S., *eod.* v°, 246. — En ce sens : Demolombe, t. XXIV, n° 578 ; Demante et Colmet de Santerre, 12^e édit., t. V, n° 66 bis, I ; Huc, t. VII, n° 147 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 483 ; Planiol, t. II, 6^e édit., n° 249.

(3) J. G., Obligat., 790 ; J. G. S., *eod.* v°, 247. — En ce sens : Larombière, t. II, art. 1150, n° 579 et 3 ; Demante et Colmet de Santerre, 2^e édit., t. V, n°s 66 bis, II ; Laurent, t. XVI, n° 286 et s. ; Huc, t. VII, n° 147 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n°s 483 et s. — Comp. : Pothier, *Traité des obligations*, n°s 161 et s.

Insistons d'abord sur les pertes que le créancier peut subir, et disons qu'elles sont *intrinsèques* et *extrinsèques*.

Intrinsèques quand elles concernent la chose même qui formait l'objet de l'obligation; *extrinsèques* quand elles concernent les autres biens du débiteur.

Ce sont les dommages *intrinsèques* qu'on met, en principe, à la charge du débiteur; toutefois, cette règle souffre exception lorsque les dommages *extrinsèques* ont été prévus lors du contrat. Les juges statueront donc selon les circonstances. Quand le créancier, privé de la chose qui lui est due, a été obligé de s'en procurer une autre semblable, mais à un prix plus élevé, le débiteur devra lui tenir compte du prix actuel.

Si un bailleur n'exécute pas son contrat et ne maintient pas le locataire en jouissance des lieux loués, il devra indemniser ce dernier du loyer d'un appartement semblable, même si le prix est augmenté, ainsi que des frais du déménagement (1).

(1) Une application de ce principe se trouve dans l'art. 1633, lorsqu'il accorde à l'acheteur, en matière d'éviction, tous ces dommages-intérêts à quelque chiffre qu'ils s'élèvent, à raison de l'augmentation de valeur de la chose. Ces variations de valeur ont dû être prévues par les parties, tandis que la même chose n'arrivera pas quand il s'agira des travaux d'agrément qui n'ont pu être prévus.

Pothier admettait, avec Dumoulin (1), que, dans le cas où il n'y a pas eu fraude de la part du débiteur, les dommages risquaient d'être exorbitants lorsque les parties ne pouvaient pas avoir prévu une augmentation de valeur dépassant toutes les responsabilités; mais le débiteur est tenu, d'après le Code civil, d'indemniser le créancier *de toute perte résultant pour lui de la privation de la chose due, en prenant pour base la valeur de cette chose au moment de l'accident, cette valeur fût-elle devenue excessive*; l'éventualité d'une augmentation de valeur a dû entrer, en effet, dans les prévisions des parties (Huc, t. VII, § 147, p. 210). Et pour cela, il suffit qu'elles aient pu en connaître d'avance la qualité, autrement dit, l'importance (Baudry-Lacantinerie, t. I, §. 518, n° 486) (2).

Si nous passons maintenant au cas où il y a eu fraude dans l'inexécution, l'idée qui se dégage est

(1) Ils invoquaient en ce sens une constitution de Justinien, décidant qu'en cas de non-exécution d'une obligation relative à un objet déterminé (*cestum*), les dommages-intérêts ne pouvaient jamais dépasser le double de la valeur de la chose au moment du contrat (L. unic., C. 7. 47. *De sent. quod prod. est quod interest*). Ce qui est la conséquence de l'usage prolongé de la stipulation *duplæ*. — Voyez, pour d'autres explications, Dalloz, *Code civil annoté*, art. 1150, p. 1051, surtout les nos 17 à 31.

(2) Tout au moins d'après cette opinion l'art. 1633 ci-dessus cité en note contient, quant à l'évaluation du chiffre des dommages-intérêts, l'application d'un principe général qui doit être étendu à toutes les matières.

que la loi repousse toute clause restrictive tacite ; en d'autres mots, quand il y a eu fraude ou mauvaise foi dans l'inexécution, le débiteur est tenu de tous les dommages prévus ou imprévus (1).

Et même dans le cas « ou l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » (art. 1151 C. civ.).

Donc, d'après ce qu'il résulte de la loi, le débiteur, même lorsqu'il a été de mauvaise foi, ne répond jamais que « des suites immédiates et directes de l'inexécution » et non des conséquences éloignées et purement occasionnelles (2).

Ainsi, on admet qu'en cas de vente d'un animal affecté d'un vice rédhibitoire, le vendeur de mauvaise foi est responsable, non seulement de la perte de l'animal (dommage prévu), mais aussi de la perte

(1) C'est ce que Bigot-Préameneu explique en disant : « Le dol établit contre celui qui le commet une obligation différente de celle qui résulte du contrat ; cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé » (Locré, VII, p. 330; Fenet, XII, p. 233. — Comp. Pothier, *Obligat.*, n° 66).

(2) J. G., *Obligat.*, 729 ; J. G. S., *eod. v.*, 248-249. — En ce sens Larombière, t. II, art. 1151, n° 1 et 2 ; Demolombe t. XXIV, nos 599 et s. ; Demante et Colmet de Santerre, 2^e édit., t. V, n° 67 bis, 109 ; Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 308, texte et note 42 ; Laurent, t. X, n° 296 et 297 ; Huc, n° 150 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 488.

de tous les animaux auxquels la maladie aurait été communiquée, par la raison que ce dommage est une suite directe et immédiate de la faute du vendeur (J. G., *Obligations*, 792).

Mais le vendeur ne sera pas tenu, lorsque l'acheteur, n'ayant pas le moyen d'acheter d'autres chevaux, a négligé la culture de ses terres, et que, par suite, le défaut de revenus l'a empêché de faire face à ses engagements. Le vendeur ne sera donc pas tenu de l'indemniser des frais de poursuites, saisies, etc... (Dalloz, *Code civil annoté*, art. 1151, p. 1052, nos 2 et 3). Voir pour d'autres hypothèses C. civ. 3 mars 1897, D. P. 98. 1. 118 (1).

Le juge ne pourra pas suivre, de déductions en déductions, de conséquence en conséquence, l'enchaînement de tous faits; car la responsabilité de tous ceux-ci serait trop lourde à subir, et une telle responsabilité aboutirait à des dommages-intérêts énormes, contraires à l'équité, auxquels s'ajouteraient encore bien d'autres conséquences supplémentaires.

Admis en ce sens que les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation, pour distinguer les consé-

(1) Cependant, si les conséquences du fait commis, si éloignées qu'elles puissent être, avaient été la pensée même du débiteur, et qu'on puisse démontrer le lien ayant directement existé entre l'intention qui l'a guidé et telle conséquence dommageable, il est certain que sa responsabilité devrait être étendue jusque-là (Larombière, t. II, art. 1151, n° 5; Demolombe, t. XXIV, n° 603).

quences directes et indirectes du fait dommageable (Civ. r. 12 juin 1876).

Les mêmes règles, comprises dans les art. 1149-1151, sont applicables aux dommages-intérêts encourus à raison d'une faute commise en l'absence de tout engagement (Huc, t. VII, n° 151).

Nous sommes arrivés maintenant à l'art. 1132 C. civ. qui prévoit que : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »

C'est ici une sorte de clause pénale (1), ce qui fait que, dans le cas prévu par notre article, le créancier peut, comme le pourrait le créancier d'une obligation avec clause pénale, demander l'exécution de l'obligation principale, au lieu de la somme.

Nous n'insistons pas davantage sur cette question. Elle pourrait faire l'objet d'une étude à part, et tout ce que nous dirons en ce qui la concerne est que

(1) La clause pénale est une liquidation conventionnelle des dommages-intérêts, qui est faite à forfait, bien qu'on ne sache pas d'avance quel sera le dommage réel. La disposition de l'art. 1152 du Code civil s'applique notamment en matière de résiliation de louage de travail. Ainsi l'art. 1870 du Code civil, complété par la loi du 27 déc. 1890, interdit aux parties de renoncer, dans un contrat de cette nature, au droit de demander des dommages-intérêts ; les juges ont le pouvoir de vérifier si l'indemnité par elle stipulée n'est pas illusoire et ne dissimule pas, en réalité, une renonciation. Quand cette indemnité leur paraît sérieuse, ils n'ont pas le droit d'en modifier le chiffre.

cette clause pénale est parfois usitée, à cause de son utilité qui est double : 1^o elle sert à supprimer toute difficulté sur l'évaluation des dommages subis par le créancier et sur l'indemnité qui lui est due, et 2^o elle évite un procès, ou tout au moins une expertise (Planiol, 6^e édit., t. II, n^o 254).

Par exception elle peut servir, dans certains cas, à donner une action à une personne qui, sans elle, n'en possédait pas. (Ex. dans la stipulation pour autrui.)

Nous croyons pouvoir nous arrêter ici en exposant les principes de la loi en matière d'exécution des obligations.

En développant, comme nous l'avons fait, les effets des obligations, nous avons voulu, comme dans une sorte de préambule, exposer au lecteur les cas où, d'après la loi, le créancier pourra obtenir la satisfaction de ses droits.

Et la constatation à laquelle nous sommes arrivés est que, si l'exécution en nature peut être facilement remplacée quelquefois par une exécution équivalente, et surtout par un équivalent pécuniaire, sans que le créancier éprouve d'inconvénient sérieux, ce ne peut être, comme un auteur le fait remarquer, « que dans les cas où le titulaire du droit se propose finalement un résultat pécuniaire, ou lorsque le résultat direct qu'il visait seul peut être remplacé par un résultat semblable, n'était pas, en un mot, unique de son espèce » (Demogue, *op. cit.*, p. 452).

En dehors de ce cas, parler d'équivalence, poursuit le même auteur, « c'est ne faire allusion qu'à une chose vague, où la part de volonté du juge sera plus grande, quand il s'agira de la préciser, que ne pourra l'être le rôle de la déduction. »

Et plus le rôle du juge sera grand, plus l'imperfection du droit nous apparaîtra manifeste.

Le titulaire d'un droit doit être toujours protégé par une forte sanction (même « cruelle », ainsi que le disait un auteur), dont l'efficacité soit tout à fait capable d'aboutir à la parfaite réalisation de ce que la personne intéressée a droit de demander.

Et quand la loi ne peut offrir un pareil avantage, dans cette circonstance, l'intérêt même de la société nous commande d'incliner vers l'application des systèmes caractérisés par de forts moyens de sanction. Nous envisageons le cas où l'exécution en nature d'une obligation est matériellement impossible.

Un artiste refuse de peindre un tableau contrairement à son engagement.

Est-il possible de le contraindre à exécution ?

Dans n'importe quel exemple, où l'obligation consiste dans le fait personnel du débiteur, quels sont les moyens que la loi met à la disposition de la personne intéressée pour obtenir une pleine et complète satisfaction ?

Le juge accordera des dommages-intérêts, en

dépit d'une possibilité d'exécuter le débiteur par la procédure *manu militari*.

Disposition inutile ! Ce n'est pas l'argent que nous voulons : pour réussir à obtenir la satisfaction à laquelle nous avons droit, un autre moyen nous manque, une procédure qui diffère de celle par équivalent.

Cette procédure devra être une contrainte indirecte, une contrainte comminatoire, menace plaçant le débiteur récalcitrant dans une situation pire par son insoumission aux ordres de la justice.

En d'autres termes, ce sont *les astreintes* qu'on lui appliquera.

C'est un système entièrement construit par la jurisprudence. Nous l'exposerons donc en détail, dans la deuxième partie de notre étude, au point de vue jurisprudentiel.

PREMIÈRE PARTIE

LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ASTREINTE

Dans son article, *le Code civil et la Méthode historique* (*Livre du centenaire*, publié par la Société d'études législatives en 1904), M. Saleilles exprime l'opinion, en parlant des influences subies par la jurisprudence française, que, si celle-ci, en apparence, paraît plutôt empirique, « en réalité, elle subit la force latente, irrésistible et triomphante, qui résulte des faits, ou plutôt de l'application de l'idée de justice aux réalités de la vie » (p. 123).

Voilà des mots fort instructifs, qui méritent d'être retenus en une pareille matière dont l'entier développement est dû à la jurisprudence.

A ce point de vue, nous distinguons trois manifestations caractéristiques de la jurisprudence.

Elle peut être une survivance du passé, ou marquer une anticipation sur l'avenir, ou constituer une création nouvelle.

Nous n'insisterons que sur la première de ses manifestations, celle d'après laquelle la jurisprudence nous apparaît comme une survivance du passé.

En effet, sur beaucoup de points, « la jurisprudence continue la pratique coutumière et la développe, faisant prédominer les traditions anciennes sur la lettre de la loi. »

C'est la théorie qui, en doctrine, est suivie, surtout par les historiens.

A ce point de vue envisagées, les astreintes ne sont que « l'une des survivances les plus inéluctables du plus ancien droit, et l'on pourrait dire du plus indissolublement lié à sa fonction sociale » (Saleilles, *op. cit.*, p. 124, n° 3).

C'est l'idée de justice, appliquée aux réalités de la vie, qui se dégage de tout le système des astreintes.

Dans une société, où le même principe domine toute matière juridique (celui de la sécurité des individus), la volonté de la jurisprudence d'imposer notre système n'est que le résultat de l'influence, subie par elle, de la force latente et irrésistible des événements.

Ainsi la jurisprudence nous apparaît avoir même caractère en matière de régimes matrimoniaux, où

la théorie presque entière de la dot mobilière n'est que le résultat de l'influence exercée par la survivance du passé (1).

En de pareilles circonstances, le juge ne peut résister à la force même des choses; car il ne réussit jamais à arrêter le développement des usages que la longue pratique des temps a consacré. Bien au contraire, ce sera un devoir pour lui de chercher à donner à ses manifestations le caractère que comportent les circonstances (c'est-à-dire la réalité même), suivant l'opinion formulée, il y a plus de cent ans, par Portalis (2).

« Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois,

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 123; Lescœur, Des origines de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, dans la *Revue critique*, 1875, p. 380 et suiv.

Les exemples cités ne sont pas les seuls. D'autres se sont produits, et peut-être avec la même ampleur, au sujet des reprises de la femme' (Esmein, De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux, *Revue critique de législation*, 1877, p. 83 et suiv., note sur Poitiers, 21 mars 1884 (S. 86. 2. 89).

En matière de personnalité des sociétés civiles, les exemples sont plus caractéristiques que ceux ci-dessus cités (V. Meynial, note Cass. 2 mars 1892; S. 1892. 1. 497 et d'autres ex., en matière de succession. — Voir en ce sens : Gabriel Demante, Sur le calcul de la quotité disponible, *Revue critique*, 1852, p. 8 et suiv., et puis Aubry et Rau, t. VII, 5^e édit., § 723, note 5 et 6).

(2) Projet de Code civil présenté par la commission nommée par le Gouvernement. Édition officielle, *Discours préliminaire*, p. xxi.

une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

« Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par les grandes vues, les maximes générales du droit d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois à en diriger l'application. Il serait sans doute désirable que toutes les matières fussent réglées par des lois. Mais, à défaut de texte sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue, tiennent lieu de loi. »

C'est le passage fort admiré de Portalis et connu sous le nom du « célèbre passage du *Discours préliminaire* ». Ici, comme dans notre avant-propos, nous avons tenu à nous inspirer de ces excellents principes, qui ont tracé d'une façon si nette la véritable tâche du juge et du jurisconsulte.

C'est, pour tous ceux qui s'intéressent au droit,

un encouragement pour admettre ce rôle de la jurisprudence. Et c'est un résultat des plus appréciables, celui auquel on est arrivé de nos jours; car ce sont « les maîtres les plus autorisés de l'enseignement universitaire qui mettent désormais la jurisprudence au premier plan ».

A ce point de vue, l'article que M. Esmein a publié en tête de la *Revue trimestrielle du droit civil*, fondée en 1900, est la plus évidente des affirmations (*La Jurisprudence et la doctrine*, t. I, p. 5 et suiv.).

On regarde maintenant le juge sous un autre aspect que celui où, d'après la conception simpliste du droit romain, il nous apparaissait comme limité à un simple pouvoir d'interprétation restreinte des textes.

Son rôle est maintenant plus actif et ses pouvoirs plus étendus. Il peut, quand il n'est pas lié par des textes, s'inspirer de ses propres idées « si elles sont d'accord avec certaines manières de voir de beaucoup de personnes que l'on hausse d'ordinaire au rang un peu vague et dangereux d'idéal social » (René Demogue, *op. cit.*, p. 535).

Il n'a point maintenant, comme dans le passé, un rôle dépourvu d'initiative, mais au contraire puissant et actif, qui aboutit à des jugements inspirés par une idée de finalité, et qui « grandit chaque jour, à mesure que l'on s'éloigne de l'époque

de la promulgation des lois qu'elle est appelée à interpréter » (Ambroise Colin et Capitant, *Cours élém. de dr. civ.*, t. I, 1914, p. 35).

Un droit une fois reconnu, le juge doit prendre, en se soumettant aux nécessités de la vie, telles mesures pour le faire triompher; car autrement ce ne serait plus un droit, « mais un idéal vague, fait pour des rêveurs » (Demogue, *op. et loc. cit.*)

Les pouvoirs qu'il possède maintenant sont larges et beaucoup plus étendus.

Il peut ainsi faire œuvre utile dans l'intérêt collectif (tout en cherchant à concilier ce pouvoir avec la sécurité des individus), en contrôlant les honoraires des mandataires (en ce sens, Perrin, *Réductibilité des oblig. excessives*, thèse, Paris 1905, p. 173 et suiv.), des médecins, des architectes.

Il peut de même accorder des délais de grâce (c'est l'article 1224 du Code civil qui le lui permet) (1).

De même, le juge peut condamner à tel fait ou à

(1) Dans le Code civil allemand, les cas où le juge, par disposition expresse ou tacite, jouit d'un pouvoir discrétionnaire, lui permettant pour chaque cas de donner une solution appropriée, sans être astreint à appliquer une solution uniforme imposée par la loi, sont beaucoup plus nombreux.

Quant au droit français, les cas où la loi donne ce pouvoir aux juges sont beaucoup plus rares.

On peut citer en ce sens la loi du 29 juin 1845 (servitudes d'aqueducs, art. 1 et 2), et puis la loi du 11 juillet 1847 (servitude d'appui).

tels dommages-intérêts, pour le cas où l'obligation ne serait pas exécutée (1).

Il peut statuer, quand il en a des motifs graves, en réservant les droits des parties (Cass. 10 janv. 1877, D. 77. 1. 177) et en permettant une nouvelle action, si les circonstances ont changé, ou si le demandeur a trouvé de nouvelles preuves (Cass. 19 juin 1872, S. 72. 1. 435. *Contra* : Garsonnet, 1^{re} édit., t. III, p. 233).

Mais ce qui est plus important encore, c'est la possibilité qu'a le juge, pour assurer l'exécution d'une obligation, de fixer lui-même, par avance, les dommages-intérêts pour chaque contravention.

Ce sont toutes ces solutions, qui ont un étroit rapport avec le système des astreintes, qui maintenant formeront l'objet de notre étude.

(1) Voyez en ce sens : Tissier, Des dommages-intérêts à fixer par état, *Revue critique*, 1888, p. 545, note 1. — Meynial, la Déclaration de volonté, *Revue de droit civil*, 1902, p. 572. V. Cass. 25 juillet 1882, S. 83. 1. 345.

CHAPITRE I

FORMATION DE LA JURISPRUDENCE

En appliquant la théorie des astreintes, la jurisprudence est partie de cette idée, que chaque obligation doit avoir une sanction, et que plus on procurera au créancier la réalisation exacte, en nature, de ce qui lui est dû, plus la réalisation du droit sera parfaite; les conventions tiennent lieu de loi entre parties, et elles doivent être exécutées de bonne foi, selon leur force et teneur.

La fonction du droit est de se réaliser, remarquait Jhering, et ce qu'on appelle sanctionner un droit n'est autre chose qu'assurer cette réalisation du droit.

Comme il y a des cas nombreux dans lesquels la justice devra se reconnaître impuissante à procurer cette réalisation du droit, à cause de l'insuffisance des moyens que la loi lui procure, elle s'est attribué un rôle plus actif et plus accommodable aux

besoins de la vie, en usant ainsi des moyens indirects pour faire triompher un droit reconnu, une mesure par elle ordonnée.

Comment la jurisprudence est-elle arrivée à créer les astreintes? Ce n'est pas par une justification, mais beaucoup plus par affirmation que par démonstration.

Ainsi pour forcer un artiste à peindre un tableau auquel il s'est engagé (D. 65. 2. 201), un acteur à jouer un rôle (D. 54. 3. 80), une société à fournir l'électricité (D. 98. 1. 289), une femme mariée à réintégrer le domicile conjugal (S. 79. 1. 176), la femme à confier les enfants à l'époux après jugement de divorce ou de séparation de corps (D. 76. 1. 407; D. 76. 1. 465; D. 782. 1; D. 78. 1. 201; D. 78. 2. 125), les tribunaux emploient assez souvent une contrainte indirecte, connue en pratique sous le nom « d'astreintes », caractérisée par une condamnation à des dommages-intérêts pour l'avenir, fixés à tant par jour de retard, qui dépassent le préjudice réel, et qui sont destinés à servir de simple menace, sur laquelle d'ailleurs les tribunaux peuvent revenir en cas d'exécution.

Par conséquent, ce qui fait attribuer à notre système un caractère de contrainte, c'est le pouvoir du juge, qui a prononcé les dommages, de les supprimer ou de les restreindre partiellement, lorsque

le débiteur, quoique en retard, finit par se soumettre en exécutant son obligation envers le créancier.

On admet un tel pouvoir parce que, en ce cas, « la jurisprudence use largement de la règle qui permet aux juges du fait d'accorder le droit de fixer souverainement et arbitrairement, non pas la cause, mais le montant des dommages-intérêts, fixant alors ceux-là à un taux élevé, qui n'est point en rapport avec le préjudice réel résultant du retard, mais qui n'en agit que mieux comme stimulant énergique (1). » (Esmein, *op. cit.*, p. 7.)

La jurisprudence va très loin et admet souvent des condamnations à des taux extrêmement élevés.

Nous voyons couramment des condamnations à 100 francs par jour de retard (2) (Cass. 25 mars 1857, S. 67. 1. 267; D. 57. 1. 213) et parfois à 10000 francs par jour (Cass. 1 déc. 1897, S. 99. 1. 184; D. 98. 1.

(1) Dans cet arrêt de la cour imp. de Lyon, au 9 avril 1859, on lit : « Attendu que plus les dommages en cas d'inexécution seraient exagérés, et hors de proportion avec le préjudice, plus l'appel présenterait de dangers à raison de l'accumulation de ces dommages pendant une longue instance d'appel; qu'un semblable résultat serait d'autant plus blessant pour l'équité que parfois ces indemnités, en cas de retard dans l'exécution, sont plutôt des moyens de coercition qu'une évaluation rigoureuse d'un préjudice réel, etc. » (S. 60. 2. 429-430.)

(2) Un cas cité par M. Labbé, encore l'affaire de Beauffremont, p. 62. L'auteur constate que la somme entière s'était élevée à presque un million.

289). C'est le désir des juges de vaincre à tout prix la résistance des débiteurs récalcitrants, qui souvent, en raison de leur fortune, semblent faire fi des jugements de condamnation prononcés contre eux.

D'ailleurs, si les juges ne pouvaient prononcer des condamnations à des taux en concordance avec la fortune du débiteur, l'exécution des jugements serait impossible; car comment imaginer qu'un individu millionnaire, par exemple condamné à 50 francs par jour de retard, — pour beaucoup une fortune, — puisse céder sous la menace d'une condamnation aussi minime?

Il est vrai que, même à ce taux, on peut arriver, à la longue, à des sommes très élevées : le cas est arrivé (1); mais pourquoi ne pas user, dès le commencement, d'une menace assez efficace pour effrayer et contraindre, dès le début, celui qui autrement serait capable de résister pendant longtemps, et en dépit de toute règle d'ordre et d'harmonie sociale, au dispositif d'un jugement?

(1) Cass. 25 juillet 1882, S. 83, 1. 345.

Il s'agissait d'une condamnation à des dommages-intérêts fixés par des arbitres, c'est donc une sentence arbitrale : travaux de construction exécutés dans une usine par des entrepreneurs. Il s'agissait d'une condamnation à 50 francs par jour de retard, qui dura pendant trois ans! L'intéressé demanda la somme accumulée, qui s'éleva à 125000 francs. La cour d'appel la réduisit à 3000 francs et le pourvoi fut *rejeté pour le motif qu'il serait souverainement inique de condamner les intimés à 125000 francs, pour n'avoir exécuté quelques travaux de minime importance.*

C'est une forme spéciale mais normale des dommages-intérêts; ainsi la Cour de cassation envisage, dans un arrêt du 28 décembre 1886, cette « soi-disant indemnité de retard » : « Attendu que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, et que le retard de cette exécution soumet ce débiteur à une condamnation de même nature; attendu que la forme de ces dommages-intérêts pécuniaires peut être celle que les juges du fond estiment la plus convenable et la plus efficace en vue du but à atteindre, que par suite la cour d'Angers, en prononçant contre Ropinot une condamnation à 1 franc de dommages-intérêts par chaque jour de retard qu'il apporterait à la reddition du compte par lui dû au consort M., n'a violé aucune loi » (S. 87. 1. 112).

Donc, la forme sous laquelle, en ces circonstances, les dommages-intérêts sont accordés, est celle que les juges du fond estiment la plus convenable et la plus efficace en vue du but à atteindre. Ce procédé d'accorder des dommages-intérêts par chaque jour de retard peut-il être utilisé dans n'importe quelle occasion? Et les particuliers peuvent-ils s'en servir?

C'est une réponse négative que la jurisprudence donne à cette question, car elle n'admet l'usage des astreintes que dans les cas où elles peuvent être utilisées.

Citons tout de suite un exemple :

C'est un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1892 qui nous le fournit.

Il a été jugé dans cet arrêt (S. 92. 1. 309) que si les tribunaux peuvent prononcer des condamnations à une certaine somme de dommages-intérêts par chaque infraction future à une obligation, *ils n'ont ce droit que s'ils possèdent les éléments nécessaires pour évaluer le préjudice devant résulter de l'infraction.*

Ainsi, *il (le juge) ne saurait accueillir une demande tendant à de pareilles condamnations, lorsqu'il estime ne pas pouvoir déterminer à l'avance l'importance du préjudice éventuel* (C. civ. 1147) (1).

C'est donc un procédé dont on ne peut pas toujours se servir; et, à notre idée, on prouve par cela même que, par le fait qu'on a créé un tel procédé, on a dû en avoir un besoin indispensable.

Nous nous voyons maintenant forcés, en vue d'une meilleure appréciation et explication de notre système, à revenir sommairement, pour un instant, sur les divers moyens que, dans le Code civil (art. 1136-1155), le législateur a prévus pour donner au créan-

(1) Il s'agissait d'une obligation de faire successive (fermer une barrière), sous peine de 20 francs de dommages-intérêts par chaque contravention. La cour d'appel (Bourges, 16 février 1851) déclare que l'importance du préjudice, résultant de cette omission, ne peut être appréciée à l'avance, etc...

cier le moyen suffisant d'obtenir l'exécution de l'obligation.

En vérité, la loi, après avoir, dans l'art. 1138, rendu propriétaire, par effet même de l'obligation, celui à qui est dû un corps certain, dans l'art. 1142 pose le principe que « toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Contre un débiteur qui ne peut ou ne veut pas exécuter, le juge, d'après la loi, ne peut prononcer qu'une condamnation à des dommages-intérêts, résultant : 1^o du préjudice causé par le retard ou l'inexécution, et 2^o du gain, qu'à cause de son débiteur, le créancier n'a pu obtenir.

La condamnation à des dommages-intérêts est *hic et nunc* ou par étape (art. 128, C. pr. civ.).

Et dans les cas où une obligation est possible d'être exécutée en dehors du fait personnel du débiteur, le créancier peut être autorisé à exécuter, au compte du débiteur, les travaux refusés par lui.

Les voies d'exécution sont à sa disposition aussitôt que le jugement en sa faveur est rendu; et ainsi le retard ou l'inexécution de la part du débiteur sont remplacés par une condamnation à équivalent (dommages-intérêts), qu'une fois obtenue le créancier muni du jugement n'aura qu'à poursuivre en faisant d'ailleurs exécuter les travaux au lieu et place de son débiteur.

Envisagées à ce point de vue, étant donné l'insuf-

fisance et l'inefficacité des règles prescrites par la loi en matière d'exécution des obligations, les astreintes apparaissent comme une nouvelle source de dommages-intérêts.

Celle-ci a plusieurs fondements, notamment :

1^o *L'idée que le juge saisi, avant de résoudre l'obligation de faire en dommages-intérêts, peut prescrire l'exécution en nature, et 2^o le fait qu'à l'exécution ainsi ordonnée s'appliquent les règles du Code sur les dommages-intérêts dus à raison du retard dans l'exécution des obligations* (1) (Esmein, *op. cit.*, p. 12).

C'est une procédure que la loi n'a pas prévue (2).

La jurisprudence s'est attribué un pareil pouvoir, en raison de certains contrats synallagmatiques, comportant des prestations successives, comme le bail (3), ou bien encore en raison de cette situation que le débiteur n'avait pas expressément refusé d'exécuter son obligation (4).

(1) Le même principe est appliqué par la jurisprudence aux obligations de faire créées par les jugements eux-mêmes, et qui sont créateurs d'un droit nouveau. C'est ce qui arrive en matière de séparation de corps ou de divorce.

(2) C'est un essai d'intimidation, auquel le juge procède pour le plus grand bien des parties, se réservant d'appliquer l'art. 1142 si la tentative reste sans effet (Nancy, 27 déc. 1880, S. 1883. 1. 345). La condamnation... *n'était que présomptive et comminatoire et ils* (les juges) *s'étaient réservé l'exacte appréciation de l'importance du préjudice causé.*

(3) Douai, 18 août 1844, S. 45. 2. 292.

(4) Cass. 26 juill. 1854, S. 55. 1. 33. Note sous Cass. 25 mars 1857, S. 58. 1. 267.

En effet, lorsque le bailleur, sans conclure aucunement à la résolution du contrat, réclame de son fermier l'exécution de l'obligation que celui-ci a contractée quant à la culture des terres, résoudre l'obligation en dommages-intérêts, n'est-ce pas aller (se demande M. Esmein, *op. cit.*, p. 13) contre le désir et le droit du demandeur?

Il est certain que le demandeur, en intentant l'action, n'a pas voulu obtenir des dommages-intérêts, mais l'exécution en nature de l'obligation de son fermier.

C'est cela seulement ce qui l'intéresse.

Envisageant ainsi la question, le juge ne peut donner une complète satisfaction au demandeur qu'en le forçant, par astreintes, à tenir justement ce qu'il s'était obligé de faire : en notre cas, la culture des terres. L'arrêt cité ci-dessus en note (Douai, 18 août 1844) ne fait qu'exprimer cette idée (S. 85. 2. 294).

C'est un raisonnement qui pourra être utilisé pour n'importe quelle obligation de faire, *même née d'un contrat unilatéral* (1).

L'idée sur laquelle ce raisonnement s'appuie est si naturelle et si simple, qu'elle suffirait à elle seule

(1) Il suffirait pour cela que le créancier, en demandant en justice l'exécution de l'obligation, n'ait pas formellement conclu à des dommages-intérêts.

pour nous déterminer en faveur de notre système. C'est la meilleure affirmation qu'on a pu faire pour décrire avec toute la netteté qu'il comporte le système des astreintes.

Mêmes conséquences dans le cas où le débiteur n'a pas expressément refusé d'exécuter son obligation.

Ici, on ne peut prétendre que le débiteur refuse de s'exécuter, car il ne l'a pas affirmé. C'est un retard qu'on lui impute et qui le met en faute.

Dans ce cas, le demandeur s'adresse à la justice, non dans le but d'obtenir des dommages-intérêts pour l'inexécution de l'obligation, mais d'obtenir la réalisation de l'obligation même. Et comme le débiteur, sans prétendre refuser d'exécuter, est néanmoins en retard, les tribunaux, accordant au demandeur des dommages-intérêts seulement déterminés par chaque jour de retard sans tenir compte de l'inexécution, satisfont à la pensée même du demandeur.

C'est à juste raison que l'arrêt ci-dessus cité en note, Cassation 26 juillet 1854, décide *que celui qui est simplement en retard d'exécuter une obligation de faire peut être condamné à l'exécuter sous peine de dommages-intérêts déterminés par chaque jour de retard* (S. 55. 1. 33).

Il ne faut donc pas confondre les dommages-intérêts dus en raison du retard du débiteur et les dom-

mages-intérêts dus en raison de l'inexécution d'après l'art. 1147 C. civ. (1).

(1) Une note qui accompagne l'arrêt insiste sur la question, en disant que, aux termes de l'art. 1147 C. civ., par application de la règle *Nemo præcise potest cogi ad factum*, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur; on en conclurait à tort que le simple retard ne pourrait également donner lieu à des dommages-intérêts déterminés par chaque jour de retard, et qui dureraient aussi longtemps que le retard. Dans cette espèce, la cour relève seulement qu'un tiers, dont le consentement était nécessaire pour l'exécution en nature de l'obligation, n'a pas refusé de le donner; mais elle admet aussi nécessairement que le débiteur lui-même n'a pas refusé de donner ce consentement; sans quoi, ajoute M. Esmein (p. 14, note 1), la décision ne se comprendrait pas. Il s'agissait d'un arrangement, aux termes duquel le sieur D. acceptait, en paiement de 23000 francs, dont le sieur B. était débiteur, la cession d'une somme due à sieur B., par un sieur D. En même temps, le sieur D. se portait fort pour sa femme et s'engageait à rapporter sa ratification, tandis que, de son côté, le sieur B. s'engageait à certaines obligations contractées par le sieur D., etc. L'accomplissement de cet engagement ne fut pas rempli dans le temps déterminé (6 mois), et pour ces motifs, par l'arrêt cité, D. « a été condamné à payer 5 francs de dommages-intérêts pour chaque jour de retard. Cette condamnation rentrait dans l'exercice du pouvoir, qui appartient aux tribunaux de prononcer des dommages-intérêts à raison du simple retard dans l'exécution de l'obligation; il s'agissait dans l'espèce de dommages-intérêts, à raison du simple retard apporté par D. à l'exécution de son obligation, et non à raison de l'inexécution de cette obligation, etc. ». Mais comme ces dommages-intérêts ne peuvent se transformer en dommages-intérêts permanents, on doit en conclure que celui contre lequel ils ont été prononcés peut toujours en faire cesser l'effet, en déclarant ne pas vouloir exécuter l'obligation, auquel cas il encourra des dommages-intérêts pour inexécution. C'est avec cette observation qu'on doit interpréter cet arrêt. Finissons donc en disant qu'il résulte de cet arrêt que s'il y avait, non simple retard, mais inexécution définitive et absolue, il n'y avait plus lieu de prononcer des dommages-intérêts par chaque jour de retard, mais des dommages déterminés une fois pour toutes, à raison de l'inexécution (S. 57, 1^{re} série, 1. 267, note 1).

Ici, comme dans le cas du bailleur, l'astreinte sera l'interprétation exacte de la pensée du demandeur.

« C'est là encore un raisonnement peu solide, » dit M. Esmein (p. 15).

Pour le débiteur d'une obligation échue, actionné en justice, il n'y a qu'un moyen pour éviter le paiement immédiat : c'est demander un délai de grâce.

Et en développant son argumentation, M. Esmein poursuit : « On peut croire d'ailleurs que la jurisprudence a renoncé à ces subterfuges. Elle se contente d'affirmer que l'obligation dont l'exécution est ordonnée par justice est soumise à toutes les règles du code sur les dommages-intérêts; l'obligation peut donner lieu à des dommages-intérêts à raison du retard, aussi bien que l'inexécution définitive; et le juge peut choisir entre ces deux formes de dommages-intérêts, alors même que le débiteur refuserait expressément d'exécuter. » (Voyez l'arrêt de Cass. du 25 mars 1857, cité ci-dessus en note, S. 17. 267, et D. 57. 1. 213.)

Dans cet arrêt, la Cour suprême ne considérerait point la possibilité d'une condamnation à tant par jour de retard comme exclue par le refus certain du débiteur d'exécuter son obligation.

C'est l'arrêt qui s'exprime ainsi : « Attendu que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur et que le retard dans l'exécution le soumet à une

condamnation de la même nature; attendu que, si la loi, en cas d'inexécution ou de retard, n'autorise aucune voie de violence ou contrainte contre la personne qui porte atteinte à sa liberté de faire ou d'agir, elle a donné au créancier le moyen d'être préservé du préjudice résultant de l'inexécution ou du retard en donnant au juge la faculté d'apprécier en argent le montant de ce préjudice; qu'on ne peut soutenir avec raison que la volonté persistante du débiteur de ne pas satisfaire à son obligation puisse lui servir de protection contre l'application des articles cités. »

En dehors de ce cas, les tribunaux ont accordé des dommages-intérêts moratoires (1).

On cherche donc à justifier les astreintes, non seulement par les idées empruntées à la théorie des

(1) Mais « ils ne peuvent ajouter une clause pénale aux contrats dont l'interprétation leur est soumise et nommer, que pour chaque manquement, il sera payé une indemnité ». C'était l'affaire d'une annulation d'une indemnité de 50 francs par jour de retard, allouée par le tribunal pour l'avenir, « au cas où les appelants refuseraient de délivrer l'eau que leur étang doit à l'usine, attendu que les parties ne l'ont pas prévue; que dans le procès actuel, les intimés n'allèguent pas qu'ils aient besoin de l'eau dans ce moment et qu'ils ne demandent pas que les appelants soient tenus de la leur livrer dans un délai déterminé; que c'est donc à tort que le tribunal a prononcé la condamnation dont il s'agit et statué ainsi sur les difficultés qui n'étaient pas nées » (S. 82. 1. 52; S. 83. 1. 346; D. 82. 1. 134).

L'astreinte, 2 francs par jour de retard, confirmée en appel, est ainsi qualifiée : « Attendu qu'ainsi la clause pénale avait été maintenue telle qu'elle était et devait sortir son plein et entier effet. »

dommages-intérêts dus à cause du retard, mais aussi des dommages-intérêts compensatoires.

La cour de Paris, par un arrêt du 13 février 1877, soutient cette nouvelle justification des astreintes : « Considérant que la princesse de Beaufremon (il s'agissait de cette célèbre affaire) n'a point satisfait aux condamnations prononcées contre elle; que l'obligation qui lui a été imposée de remettre ses enfants *est de nature à pouvoir être incessamment accomplie, que son inexécution se renouvelant jour par jour*, il n'y a qu'une sanction correspondante qui puisse lui être efficacement appliquée; qu'en présence de la résistance qu'il s'agit de vaincre, la justice doit d'autant moins hésiter à *recourir à une contrainte pécuniaire d'une durée égale à celle de l'obligation* qu'il dépend de la princesse de B. d'en prévoir ou arrêter les effets par sa soumission aux ordres de la justice (1). »

Il se dégage de cet arrêt l'idée d'une justification de l'astreinte par une contrainte pécuniaire d'une durée égale à celle de l'obligation.

C'est l'idée qui forme la théorie des dommages-intérêts compensatoires, envisagée comme une récompense due au créancier, en compensation de la perte subie d'une durée égale à celle de l'obligation.

(1) Encore l'affaire de Beaufremon (*Revue pratique de Droit civil*, 1881, t. LI, p. 66).

Cette idée nouvelle s'affirme en jurisprudence dans les cas où il s'agit d'une obligation de faire (remettre ses enfants au mari), qui, de nature à être immédiatement accomplie, se renouvelle jour par jour, successivement.

Nous avons exposé toutes les considérations qui légitiment en jurisprudence l'emploi des astreintes.

Elles sont toutes différentes les unes des autres dans leur justification, soit qu'il s'agisse de dommages-intérêts dus pour retard, ou de compensation, ou d'une clause pénale.

Sans insister, remarquons seulement que les tribunaux ne se trouvent d'accord, pour justifier l'astreinte, que sur le but poursuivi, la nécessité « d'assurer le respect des décisions judiciaires et les ordres donnés par la justice ».

CHAPITRE II

ÉTENDUE DE L'ASTREINTE

Jusqu'ici, en nous demandant, relativement à la formation de la jurisprudence, si les astreintes peuvent être toujours utilisées ou réclamées par les particuliers à leur profit, nous avons soutenu que telle n'était pas l'idée de la jurisprudence, qui, au contraire, n'admet l'application de cette théorie que dans des cas bien déterminés, et, en ce sens, nous avons cité même un arrêt qui envisage la question posée (S. 92. 1. 309; D. 92. 1. 303).

Étudions de nouveau, en insistant, une question sur laquelle nous n'avons donné que trop peu de détails et demandons-nous d'abord si les astreintes peuvent être prononcées pour toutes obligations de faire.

C'est une question assez vivement débattue, et quoiqu'elle ne soit pas résolue en notre sens, essayons de la préciser.

Plusieurs auteurs dans cette discussion font une différence :

A leur avis, les astreintes ne doivent être appliquées qu'au cas où l'obligation pourra être exécutée *manu militari* (1); *a fortiori* on n'admet donc pas que les astreintes puissent être prescrites dans les cas où l'exécution d'une obligation dépendra d'un fait personnel du débiteur (2). C'est le cas de l'art. 1142 C. civ.

Dans le même sens, M. Labbé (*op. cit.*, p. 81, note 2), dans un passage où il admet l'application des astreintes, dégage l'idée que « l'obligation n'a pas pour objet une action personnelle, un emploi des facultés du débiteur; car, dans ce cas, l'art. 1142 ordonne de convertir une somme totale et fixe des dommages et intérêts calculés exactement sur le préjudice. Il est certain dans cette hypothèse que la condamnation à tant par jour de retard serait illégale ». C'est ce que MM. Aubry et Rau admettent, d'ailleurs, sans se donner la peine de montrer les raisons qui les ont déterminés (5^e édit., t. IV, p. 64, note 12, § 308).

(1) Comme exemple on peut citer l'abandon de la possession d'un fonds. Elles seront encore applicables dans les cas des art. 1143 et 1144 C. civ.

(2) On ne peut expliquer cette doctrine que par le désir d'avoir laissé par cette interprétation quelques applications de l'art. 1142 C. civ.

Dans la même discussion, M. Meynial (1) suit un raisonnement qui nous paraît beaucoup plus intéressant, dans lequel M. Esmein voit la recherche d'un principe vraiment rationnel. Quel serait, d'après M. Meynial, le principe logique en cas d'inexécution en nature, à l'échéance d'une obligation de faire ?

D'après son opinion, « il serait la condamnation à des dommages-intérêts pour retard, même en cas de refus d'exécution, lequel retard continuerait à courir jusqu'à ce que le débiteur ou le créancier en soit las et que le premier consentît à exécuter son obligation en nature, ou le second à se contenter de la valeur de l'objet. »

Et plus loin : « Mais il est de l'essence de l'obligation non légale de ne pouvoir ainsi se perpétuer ; sa nature est d'être provisoire, car la rendre en fait définitive, ce serait soumettre le débiteur à une servitude perpétuelle ».

« C'est par application de cette idée que le juge est tenu de liquider l'obligation au moment même où il est consulté. Il peut bien accorder des dommages-intérêts pour retard passé, mais il ne doit en prononcer pour retard futur que s'il est possible au jour du jugement de prévoir le terme du retard, soit parce que l'exécution *manu militari* pourra

(1) *Revue pratique du droit français*, t. LVI, p. 459, De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire.

avoir lieu à l'échéance de ce terme, soit parce que le débiteur le réclame comme délai de grâce et laisse entrevoir qu'à cette époque il exécutera volontairement en nature. »

C'est un système intéressant, mais est-il en concordance de près ou de loin avec les principes du Code civil ? Nullement. Quand le Code civil admet une action en justice, celle-ci a lieu seulement dans le cas où la condition du débiteur et du créancier sera promptement et définitivement réglée, et où il y aura pour eux un intérêt né, présent et précis ; par contre, les astreintes sont parfaitement applicables, par leur caractère même, aux obligations de faire qui consistent purement dans un acte personnel du débiteur. (En ce sens, Esmein, *op. cit.*, p. 20.)

Donc, en doctrine, quand il s'agit de savoir si l'on peut appliquer à toutes les obligations de faire le système des astreintes, les auteurs font une distinction et n'admettent l'exécution *manu militari* qu'au cas où le fait personnel du débiteur n'est pas nécessaire.

Nous avons admis, étant donné le caractère des astreintes, qu'elles peuvent être appliquées même dans le cas où un fait personnel du débiteur serait nécessaire pour exécuter l'obligation.

Mais la jurisprudence admet-elle cette distinction ? Non, dit M. Esmein, et il cite le cas que nous avons cité ci-dessus dans une note et commenté en

détail. C'est le cas prévu par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1854 (S. 55. 1. 33), il s'agissait d'un fait absolument personnel au débiteur. La même opinion est partagée par Baudry-Lacantinerie et Barde : « A notre avis, l'étude de la jurisprudence conduit à constater que les juges ne ne font nullement cette distinction. Certains arrêts ont appliqué les astreintes à des cas d'obligations personnelles » (1) (*op. cit.*, 3^e édit., t. 1, p. 504, § 478, n^o 3).

Pour continuer notre développement sur l'étendue de l'application des astreintes, passons à l'examen plus détaillé de la question des *obligations légales*, pour la réalisation desquelles la jurisprudence applique fréquemment notre système.

Que devons-nous entendre, dans l'hypothèse qui nous préoccupe, par obligations légales ?

Faut-il comprendre par là des obligations légales qui résultent de l'autorité seule de la loi et auxquelles fait allusion l'art. 1370 du Code civil (les engagements) « entre propriétaires voisins ou ceux des tuteurs ou des autres administrateurs qui ne

(1) En ce sens : Orléans, 3 déc. 1859, D. P. 60. 2. 9; Req. 29 déc. 1886, S. 87. 1. 112; Req. 23 juillet 1889, D. P. 91. 1. 31.

La distinction que M. Meynial attribue à la jurisprudence serait sans grande importance. « Pourquoi réserver l'usage de la contrainte indirecte pour les cas où l'on peut, sans recourir à elle, obtenir l'exécution en nature et où, par conséquent, elle ne présente pas d'utilité réelle ? » (Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*)

peuvent refuser la fonction qui leur est conférée », ou bien faut-il entendre par là des obligations légales appartenant à une catégorie tout à fait différente ?

Les obligations légales qui nous occupent n'ont pas le même sens que celui auquel nous venons de faire allusion.

Celles-ci sont d'un ordre tout à fait différent et ne peuvent pas se transformer en une somme d'argent, parce qu'elles ne constituent pas de véritables obligations ayant une valeur pécuniaire.

La théorie des dommages-intérêts ne pourra pas leur être appliquée.

Ce sont des obligations qui ont pour objet « les rapports personnels que la loi établit entre les époux ou entre les parents et les enfants, et qui sont visés au titre de droits respectifs des époux et à celui de la puissance paternelle ». (Esmein, *op. cit.*, p. 20.)

En ce cas, toute possibilité de transformation en équivalent pécuniaire, par l'emploi des règles établies en matière de dommages-intérêts, sera exclue.

Nous ne voyons une telle possibilité que dans le cas où l'inexécution d'une pareille obligation aura violé « non seulement le droit précieux et inappréciable du père ou de l'époux, mais en outre et en même temps lui a causé une perte pécuniaire ou

l'a empêché de gagner une somme d'argent ». (Esmein, p. 22.)

Quelques auteurs, et notamment M. Meynial (*op. cit.*, p. 459-60), admettent la possibilité d'appliquer, à ces obligations légales, la théorie des dommages-intérêts moratoires. Ce qui est inadmissible.

Il ne s'agit pas, dans notre cas, de trouver un équivalent pécuniaire pour le retard du débiteur dans l'exécution de son obligation.

C'est la définition même de l'obligation légale, comme nous l'avons donnée, qui nous empêche d'admettre ses transformations en équivalent pécuniaire.

C'est un intérêt moral qui est en jeu, et seule une exécution en nature peut nous satisfaire; un intérêt social, pour la réalisation duquel jamais le titulaire du droit n'admettra d'équivalence pécuniaire; par exemple : Je veux que ma femme regagne le domicile conjugal, ou bien qu'elle me rende les enfants dont la garde m'a été confiée par jugement du tribunal.

Il n'y aura donc jamais lieu d'appliquer l'une ou l'autre forme des dommages-intérêts, moratoires ou compensatoires.

Et comme ces obligations légales se rattachent, par leur importance envers la société, à celles de droit public, que dira-t-on, par exemple, de l'idée de con-

damner à des dommages-intérêts les insoumis à la loi militaire?

Ce n'est pas le cas d'adopter une telle théorie et, en continuant ainsi, nous persisterions dans une voie contraire à notre but d'intérêt pratique.

Dans ce but, la jurisprudence applique fréquemment le système des astreintes, montrant ainsi la nécessité et l'utilité de notre système qui apparaît dans toute sa clarté. Les cas dans lesquels on applique le plus souvent notre théorie sont ceux relatifs à la réintégration du domicile conjugal par l'époux (Req. 26 juin 1878, D. P. 79. 1. 80), ou ceux relatifs à la remise des enfants à la personne à laquelle leur garde a été confiée à la suite d'un jugement de divorce (Paris, 1^{er} août 1874, D. P. 76. 1. 407).

Longtemps on avait admis, dans ces cas, d'autres moyens de contrainte sur les personnes. C'était d'abord le système de la *manus injectio*. La question de son application se pose surtout pour le cas où le tribunal veut obliger une femme mariée à regagner le domicile conjugal.

Mais combien de fois ce système est resté sans efficacité! Comment garantir qu'une fois retournée au domicile conjugal par la force, la femme ne profitera pas de la première occasion pour s'enfuir de nouveau?

On a imaginé également d'autres moyens, parfois d'ailleurs mis en pratique : saisie des revenus, envoi en possession et séquestre. Mais à aucun de ces systèmes la jurisprudence ne s'est arrêtée, contrairement à ce qu'elle a fait pour les astreintes. Et pourquoi ? En effet, dans la pratique, en usant des astreintes, on aboutit presque toujours à vaincre l'obstination du débiteur, et il est assez rare que ce puissant moyen de contrainte n'aboutisse pas à un résultat.

Au cas contraire, c'est la résistance à outrance, même par la violence, et nous n'insisterons pas sur une suite d'événements qui tiennent plutôt du roman que de l'étude juridique.

Nous ne craindrions pas de parler littérature, mais d'autres l'ont fait avant nous, et ils ont abouti à des résultats trop éloignés de ce qu'ils s'étaient proposé tout d'abord de discuter ; nous nous contenterons de citer un roman (1) où l'on fait allusion plusieurs fois à notre système, et où les auteurs partent de cette idée : « L'individu qui souffre d'une cruauté des mœurs ou d'une injustice des lois a-t-il le droit de se révolter contre la société ? Son devoir, au contraire, est-il de se sacrifier ? »

C'est l'histoire d'une femme divorcée, condamnée

(1) Paul et Victor Margueritte, *les Deux Vies*.

par le tribunal à laisser la garde de sa fille au père. La fin, comme il arrive dans tous les romans, est tragique. Ce qui nous a déterminé à citer cette œuvre, c'est l'idée erronée que ses auteurs ont du droit et de ceux qui le mettent en pratique.

Ici les auteurs, en parlant des divers moyens de contrainte, n'envisagent pas la question à un point de vue général, mais avec l'idée préconçue que les lois et l'application des lois sont le fait de l'homme et à son seul avantage. (En notre cas, la personne menacée de contrainte était la femme.)

Or comme, dans l'introduction de notre travail, nous avons envisagé la question suivant ce principe, que la société a intérêt à ce que tous ceux qui la composent se soumettent aux règles imposées par ses divers corps constitués et ses institutions, nous n'avons fait que revenir, sous une autre forme, sur les explications précédentes.

Ainsi donc, en résumé, on applique les astreintes aux obligations de faire, même quand celles-ci exigent, pour être exécutées, l'accomplissement d'un acte personnel de la part du débiteur; aux obligations légales, envisagées à un autre point de vue que celui de l'art. 137 du Code civil; et quelquefois aux obligations délictuelles. Un exemple en ce sens nous est fourni par la jurisprudence en cas d'obligations délictuelles pour contrefaçon de

marques de fabrique. Les tribunaux ont sanctionné civilement la défense de faire usage à l'avenir d'une marque de fabrique (Paris, 29 déc. 1852, S. 53. 2. 113; Montpellier, 30 avr. 1849, *Journ. du Palais*, 50. 1. 337).

CHAPITRE III

DOCTRINE DE LA JURISPRUDENCE

Après les justifications que jusqu'à présent nous avons exposées, demandons-nous, d'après les explications de la jurisprudence, quelles sont les idées sur lesquelles s'appuie notre système. En d'autres termes, suivant les explications que fournit la jurisprudence sur l'application des astreintes, voyons comment celle-ci peut être envisagée.

Est-elle un moyen de contrainte, ou une allocation de dommages-intérêts destinés à réparer un préjudice commis?

L'intérêt de cette distinction est nécessaire à plusieurs points de vue.

D'abord l'utilité de la distinction est évidente en cas d'appel interjeté du jugement qui prononce l'astreinte.

En cette circonstance, *le tant par jour de retard* a un point de départ qui dépend de la façon dont l'astreinte est envisagée, ou comme moyen de contrainte, ou comme allocation sérieuse de dommages-intérêts.

Le tant par jour de retard cesse de courir, une fois l'appel interjeté, si l'astreinte est considérée comme un moyen de contrainte, et cela durera pendant toute l'instance d'appel et jusqu'au jour de l'arrêt. qui seul, s'il confirme la clause particulière du jugement, décidera si *le tant par jour de retard* doit commencer à courir à partir de l'arrêt confirmatif.

Solution contraire dans notre seconde hypothèse.

En ce cas, l'arrêt étant considéré comme l'effet d'une allocation sérieuse de dommages-intérêts destinée à réparer un préjudice causé, l'astreinte produira son effet à partir du premier jugement et malgré l'appel interjeté; car autrement on aboutirait ainsi à priver le créancier d'une partie des dommages-intérêts, équivalent du préjudice causé.

La question est donc des plus simple. Lorsque le jugement qui condamne le débiteur à payer une certaine somme par jour de retard à compter d'un délai déterminé est frappé d'appel et que l'appel est rejeté, les dommages-intérêts ne sont-ils dus qu'à partir de l'arrêt confirmatif, ou sont-ils dus à partir du jour fixé par le jugement?

A partir du jour fixé par le jugement, répond un arrêt de la cour de Lyon du 9 avril 1859, ainsi rédigé : « Attendu que l'appel est suspensif; attendu que, par application de cet article (457 C. proc. civ.) il est admis, par de nombreux arrêts, que, lorsqu'un jugement de première instance qui a fixé un délai pour son exécution avec dommages-intérêts par chaque jour de retard est frappé d'appel, le cours du délai et des dommages-intérêts est suspendu, pour n'être repris qu'après l'arrêt de confirmation; — Attendu que s'il en était autrement, le droit d'appel se trouverait en quelque sorte paralysé; qu'en effet, l'exécution et l'appel sont choses inconciliables, l'exécution rendant l'appel non recevable; que plus les dommages-intérêts seraient exagérés, et hors de proportion avec le préjudice, plus l'appel présenterait de dangers à raison de l'accroissement de ces dommages-intérêts pendant une longue instance d'appel; qu'un semblable résultat serait d'autant plus blessant pour l'équité que parfois ces indemnités, en cas de retard dans l'exécution, sont plutôt des moyens de coercition qu'une évaluation rigoureuse d'un préjudice réel; attendu que la mise en demeure d'exécuter dans un délai déterminé, portée dans un jugement, devient impuissante alors que le juge d'appel est saisi de la question même de savoir si une exécution quelconque peut être ordonnée; attendu que si l'effet suspensif peut préjudicier à

l'intimé, l'article 464 du Code de procédure civile lui permet de former devant la Cour une demande nouvelle pour préjudice souffert depuis le jugement. » (S. 60. 2. 429.)

Mais pourtant, d'autres idées ont prévalu en jurisprudence, et la Cour de cassation, presque toujours, s'est déclarée contre cette façon de voir.

La Cour de cassation invoque comme argument, contre ces attendus de l'arrêt de la cour de Lyon, l'autorité de la chose jugée.

Voici comment s'exprime en ce sens un arrêt de la cour de Paris du 31 décembre 1859 : « Attendu que le point de départ des dommages-intérêts se trouvait ainsi nettement déterminé eu égard à la date de la notification du jugement; — Attendu qu'en confirmant purement et simplement sur l'appel principal la décision des premiers juges, l'arrêt du 8 mars 1879 a expressément maintenu les obligations de démolition et de reconstruction qu'elle imposait aux héritiers, et n'a modifié en rien les délais fixés pour l'exécution des travaux et le cours des dommages-intérêts. — Attendu que, sous prétexte d'interpréter son arrêt qui ne laissait cependant place à aucun doute, la cour d'Alger, méconnaissant l'autorité de la chose jugée, a décidé que l'indemnité, allouée aux consorts par chaque jour de retard, ne devait courir qu'à partir du jour

de la signification de l'arrêt confirmatif (1). » Ensuite, si on envisage les astreintes comme un moyen de *coercition*, si on leur admet donc un caractère *simplement comminatoire*, on leur trouvera le grand avantage que le juge pourra les modifier pour les renforcer, comme cela est arrivé dans tous les cas où le montant primitif de l'astreinte était insuffisant, en raison de la fortune du débiteur. En ce sens, l'affaire de la princesse de Bauffremont a eu assez de retentissement.

On pourra ainsi faire disparaître les effets de l'astreinte quant au passé, le débiteur exécutant son obligation. En ce cas, la contrainte cesse, et le tant par jour de retard ne court plus.

Mais peut-on tenir le même langage dans le cas où le juge justifie en son astreinte l'idée d'allocation de dommages-intérêts?

Nous ne le croyons pas.

L'idée de dommages-intérêts suppose un préjudice, et le juge doit tenir compte de celui-ci dans la mesure où il s'est produit.

Mais le jugement une fois rendu, le juge ne peut revenir sur cette question qui a autorité de chose jugée. Pourtant, souvent la Cour de cassation a

(1) D. 82. 1. 134. — V. aussi : Cass. 24 janv. 1865, S. 65. 1. 84 ; D. 65. 1. 266 ; 26 janv. 1870, S. 70. 1. 159 ; D. 70. 1. 88 ; 15 nov. 1881, S. 82. 1. 52.

admis dans ses arrêts certaines exceptions, comme celle de la remise de pièces, ordonnée par le juge.

La partie visée étant condamnée faute de les avoir remises dans le délai fixé par le juge, elle peut néanmoins les remettre, même après avoir été condamnée à des dommages-intérêts.

En ce cas, l'autre partie en faveur de laquelle la condamnation a été prononcée ne peut refuser au débiteur la remise des pièces, et les dommages-intérêts tombent de ce fait.

Quant à cette pratique de la Cour de cassation, M. Meynial l'explique, en disant : « Que le caractère comminatoire est attaché au délai imparti pour exécuter en nature, et a pour effet de permettre cette exécution en nature même, après l'expiration des délais, de sorte qu'il y a là une faveur accordée au débiteur, non pas en vue de le forcer à exécuter en nature lorsqu'il y répugne, mais pour lui permettre, quand le créancier préférerait obtenir des dommages-intérêts ». (*Op. cit.*, p. 45-56.)

Nous comprenons très bien ce que veut dire M. Meynial, mais nous nous attendions à une explication de l'autorité de la chose jugée.

Cette explication ne nous est fournie que par un arrêt de la Cour de cassation, qui pour la première fois a abordé la question en 1841.

Il s'agissait d'un inventaire dont quatre pièces avaient été réclamées par le sieur et dame V., comme

constatant des créances auxquels ils avaient droit ; le sieur C., n'ayant pas obtempéré à cette demande, un jugement du tribunal de la Seine du 30 août 1810 le condamna à effectuer la remise des pièces réclamées dans la huitaine de la signification.

Le sieur C. ne s'y conforma pas. Un jugement du 30 août 1810 le condamna à payer à V. consort la somme de 15 francs sous forme de dommages-intérêts, pour lui tenir lieu des titres et pièces non représentées.

Sur l'appel du sieur C., ce jugement fut confirmé par arrêt de la Cour royale de Paris, le 2 juin 1812.

Plus tard, le sieur C., voulant s'exécuter et opérer la remise des pièces réclamées, V. et consorts refusèrent, par ce motif que les délais fixés par jugement de 1810 et 1811 étaient expirés. En 1839 seulement, intervient un jugement qui déclare nulles les poursuites, en vue d'exécuter les dommages-intérêts.

Le 16 mai, sur appel de V., la Cour royale de Paris confirme la sentence du tribunal.

Sur le pourvoi du sieur V., par un arrêt publié dans Sirey (42. 1. 170), la Cour de cassation s'exprime ainsi : « La Cour : Considérant qu'il faut distinguer en droit, entre *ordinatoria* et *decisoria judicis* (*judicia* d'après d'autres textes); considérant que le jugement de 1810 avait mis à la charge des défendeurs éventuels la représentation dans un délai déterminé

des pièces inventoriées sous le n^o 12; considérant que la principale disposition de celui de 1811, confirmé par arrêt, ordonnait que le jugement de 1810 continuerait d'être exécuté suivant sa forme et teneur et prononçait des dommages intérêts pour tenir lieu de la remise des titres, comme voie de contrainte; que, sur les offres réelles de la représentation et remise des pièces réclamées, la Cour a été saisie de la question de validité; que, « dans cet état de choses, s'ils remettaient intégralement les pièces, ils pouvaient être déchargés des condamnations prononcées par voie de contrainte, et que la Cour, en exigeant la remise intégrale et en déclarant qu'elle avait lieu, a pu déclarer les offres satisfactoires sans violer l'autorité de la chose jugée ».

« Au fond : Considérant, en fait, que la Cour royale a déclaré que les demandeurs n'avaient pas établi que les pièces, objet des offres réelles, n'étaient pas celles réclamées; que les pièces étaient intégrales, et que le retard apporté à leur remise ne leur avait causé aucun préjudice : qu'ainsi le moyen n'est pas fondé. »

Nous avons tenu, vu son importance, à citer intégralement cet arrêt de la Cour de cassation.

L'intérêt qu'il présente est triple, et c'est en s'appuyant sur cet arrêt que toute une théorie a pu être formée.

Non seulement il explique comment on doit

repousser les doctrines contraires à la jurisprudence de la Cour de cassation relativement à l'autorité de la chose jugée, mais, par sa distinction entre *judicia ordinatoria* et *judicia decisoria*, cet arrêt nous met en présence d'une nouvelle explication possible de la théorie des astreintes.

En effet, quelles sont les idées qui se dégagent de notre arrêt ?

D'abord, *ce principe que la condamnation n'a été prononcée que comme moyen de contrainte, puis celui qu'il n'y a eu aucun préjudice causé par le retard dans l'exécution, et qu'il faut, quant à l'autorité de la chose jugée, distinguer entre judicia ordinatoria et judicia decisoria.*

En d'autres termes, l'astreinte nous apparaît sous la forme d'un moyen de contrainte; et comme une telle condamnation ne saurait être, en général, que comminatoire, elle pourrait être supprimée ou réduite au moment de statuer définitivement sur le fond (1).

Mais c'est le contraire qui arriverait dans le cas où l'astreinte serait envisagée comme une allocation de dommages-intérêts répondant à un préjudice réel et simplement fixé par un calcul particulier.

(1) Req. 28 déc. 1824, J. G., *Chose jugée*, 390; Civ. 4 juin 1834, J. G., *Chose jugée*, 390; Req. 22 nov. 1841, J. G.; *Jugement*, 371, Douai, 5 déc. 1849, D. P. 59. 2. 65; Montpellier, 1^{er} avril 1862, D. P. 62. 5. 112; Paris, 20 juin 1866 et Req. 28 avril 1868, D. P. 69. 1. 38; Req. 19 mai 1868, D. P. 70. 2. 208; Civ. r. 25 juillet 1882, D. P. 83. 1. 243; Civ. 25 nov. 1884, D. P. 85. 1. 399; Req. 7 nov. 1888, D. P. 89. 1. 259.

Le juge ne pourra ni augmenter, ni diminuer la condamnation (1). C'est l'autorité de la chose jugée qui s'y oppose, il en serait différemment si l'astreinte avait le caractère de contrainte. En ce sens, on a jugé que, lorsque l'abonné d'une compagnie d'éclairage électrique a été condamné sous une astreinte à l'exécution de son contrat, la compagnie ne saurait ajouter le montant de cette astreinte au prix du minimum de consommation annuelle imposé par la police à son abonné, et que les sommes touchées à titre d'astreintes devaient, en fin d'exercice, venir en déduction du montant de ce minimum (Paris, 8 juin 1899, D. P. 99. 2. 477).

Donc le retrait des condamnations prononcées à titre d'astreintes ne saurait être admissible s'il résultait des termes de la condamnation, d'ailleurs ayant autorité de chose jugée, qu'elle était défini-

(1) Demandons-nous, à cette occasion, si le juge peut allouer des dommages-intérêts pour un préjudice futur. C'est la condamnation *in futurum*. La doctrine reconnaît au juge le droit de condamner à l'avance à des dommages-intérêts, mais seulement lorsqu'il a des éléments nécessaires pour statuer; les dommages-intérêts ainsi alloués d'avance peuvent consister en une certaine somme à payer par chaque jour de retard pour le cas où l'obligation ne serait pas remplie dans le délai assigné par le juge (J. G., *Obligations*, 801; J. G. S., *eod. vo*, 253, D. P. 85. 2. 31, note 5; Civ. r. 26 juillet 1854, D. P. 54. 1. 298; Douai, 28 mai 1873, D. P. 75. 2. 31; Req. 14 juillet 1874, D. P. 75. 1. 460. — En ce sens : Demolombe, t. XXIV, n° 496; Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 308; Laurent, t. XVI, n° 300; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, 477).

tive et absolue et non pas simplement comminatoire (1).

Par conséquent, lorsqu'un tribunal prononce une condamnation à des dommages-intérêts en vue du retard que la partie pourrait apporter à l'exécution du jugement, cette condamnation peut être ferme et définitive ou purement comminatoire et sujette à revision; et s'il y a lieu de rechercher ultérieurement quel est celui des deux caractères que la condamnation présentait, les juges du fait statuent à cet égard avec un entier pouvoir d'appréciation (Req. 7 nov. 1888, avec le rapport de M. Féraud-Giraud, D. P. 89. 1. 259).

Ainsi la jurisprudence considère la condamnation à des dommages-intérêts, fixés à tant par jour de retard en cas d'inexécution d'une obligation de faire, comme simplement comminatoire, lorsqu'il ne résulte pas des termes du jugement que cette condamnation ait un caractère absolu et définitif; dans ce cas, la condamnation n'est pas encourue nécessairement (2).

(1) Civ. r. 24 janv. 1865, D. P. 65. 1. 226; Req. 14 juillet 1874, D. P. 74. 1. 410; Req. 9 janv. 1889, D. P. 91. 1. 128.

(2) V. J. G., *Chose jugée*, nos 384 et suiv.; v° *Obligat.*, n° 806, J. G. S.; v° *Chose jugée*, nos 231 et suiv.; v° *Obligat.*, n° 255; *Nouveau Code civil annoté*, art. 1149, nos 71 et suiv., et les arrêts cités ci-dessus en note; Req. 18 nov. 1907, D. P. 1908. 1. 23; C. d'Indo-Chine, 29 avril 1910, D. P. 1912. 2. 71. — Il appartient aux juges du fait d'apprécier si la condamnation présente ou non un carac-

De ce que nous avons dit sur la jurisprudence, nous pouvons conclure qu'elle imprime aux astreintes tantôt le caractère d'une peine comminatoire et provisoire, contrainte en vue d'obtenir l'exécution du débiteur, tantôt celui d'une allocation sérieuse de dommages-intérêts, à raison d'un préjudice causé.

Ainsi conçue, notre théorie, donnera beaucoup de peine à ceux qui veulent se l'approprier. Plusieurs critiques lui peuvent être adressées, dont quelques-unes difficiles à écarter.

Que faire et que pourrons-nous dire encore, en parlant de notre système? Les astreintes sont parfaitement soutenables et même légalement ordonnées? C'est l'idée qui se dégage de l'examen sérieux de la jurisprudence même.

Comme nous l'avons dit, la jurisprudence cherche à expliquer notre système, par la théorie des dommages-intérêts, quant aux rapports des contrats ou conventions en général.

Voilà toute l'erreur de la Cour de cassation, d'où la nécessité d'un changement d'argumentation,

tère absolu et définitif (V. Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, loc. cit., n° 75; Req. 7 nov. 1888, D. P. 89. 1. 259; 18 nov. 1907, précité, et aussi un arrêt récent Cour Bourges, 2 avr. 1912, *Gaz. du Palais*, 4 mai 1912, et D. 13. 5. 38, note 1 et 2).

qui d'ailleurs nous sera fourni par ses propres arrêts.

Le lecteur se rappelle que, dans ce même chapitre de notre travail, sur les explications de la jurisprudence en matière d'astreintes, nous avons indiqué un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1841 (ci-dessus cité *in extenso*) d'après lequel, en droit, il faut distinguer entre *justicia ordinatoria* et *justicia decisoria*.

Que signifient ces termes dans l'arrêt auquel nous faisons allusion ? C'est l'exercice d'un pouvoir de réglementation du juge ; c'est l'ordre, l'injonction qu'il peut donner pour se faire obéir.

Celui qui ne cède pas aux injonctions des magistrats est passible d'une condamnation, dont le but même nous renseigne, et qui n'est effacée que par la complète soumission de celui contre qui l'injonction a été ordonnée.

C'est l'idée que nous retrouvons exprimée par M. Labbé, en son article sur l'affaire de Bauffremont : « La princesse ne cède aux injonctions de la justice, et, deux mois écoulés, la Cour est appelée à prendre une décision définitive » (*Op. cit.*, p. 65).

Nous disions tout à l'heure que l'ordre ne disparaîtra qu'à la soumission de celui contre qui il a été donné ; c'est donc de la personne visée que l'application dépend, pendant toute sa vie, tant que durera sa résistance.

Dans ce cas, le juge n'a plus un rôle de simple et fidèle interprète; il ordonne une mesure assez efficace pour vaincre la résistance d'une personne qui s'obstine à ne pas se soumettre aux injonctions des magistrats.

Est-ce alors par la théorie des dommages-intérêts, qu'on doit expliquer le tant par jour dû par le débiteur à cause du retard ou de l'exécution du jugement?

Nous ne le croyons pas.

C'est une idée de peine qui apparaît maintenant, et qui résulte de certains arrêts (Cass. 24 janvier 1865, S. 65. 1. 84; D. 65. 1. 126).

« Cette peine, il est vrai, dit M. Esmein, est une *poena privata*, en ce qu'elle profite à la partie adverse, et c'est là un élément dont il y aura lieu de tenir compte à certains égards; mais ce n'en est pas moins une peine coercitive : à tout ordre sérieux il faut une sanction » (*Op. cit.*, p. 34).

Le sens des deux expressions que nous avons citées ci-dessus, *justicia ordinatoria* et *decisoria*, est une formule assez connue et usitée.

Nous la rencontrons non seulement dans le langage de notre temps, mais on trouve son origine dans un passé fort éloigné (1).

(1) Dans l'ancien droit, on appelle ce rôle du juge « procéder par injonction et menaces ». (Mémoire pour la Cour des aides sur les conflits élevés entre elle et la Chambre des comptes, p. 29, Paris, 1752.)

Si nous abandonnons des théories précédentes, les astreintes ne nous apparaissent plus alors comme une forme de dommages-intérêts fixés à tant par jour à cause du retard ou de l'inexécution d'une obligation, mais une peine en raison du retard de l'exécution de l'ordre.

La réparation s'explique, dans notre cas, par l'idée de punir une désobéissance, une obstination de ne pas se soumettre aux prescriptions des magistrats (1), et non par l'idée d'un préjudice causé. C'est la possibilité accordée aux magistrats d'ordonner une exécution que réclame l'idée de justice, et de pouvoir ainsi triompher même des plus récalcitrants.

Avec cette explication, nous ne rencontrons plus les mêmes difficultés que dans l'hypothèse où les astreintes ont le caractère d'une allocation à des dommages-intérêts dus à cause d'un préjudice causé.

Il s'agit maintenant d'une vraie menace, sur laquelle le magistrat peut revenir quand son ordre a été enfin exécuté conformément à ses prescriptions.

C'est un pouvoir que le magistrat tient de son

(1) D'où la question de savoir si le retard a causé ou non un préjudice n'intéresse plus.

« C'est l'idée que l'astreinte est fondée par cela que la partie a un droit et un intérêt légitime à obtenir l'accomplissement de l'acte ordonné, qui doit former notre principale et entière préoccupation, et cela indifféremment du fait que cet intérêt sera ou non appréciable en argent. »

autorité souveraine qui lui permet de rapporter, en tout ou en partie, des dommages-intérêts auxquels la personne visée a été condamnée (1).

Le rôle de la jurisprudence en matière d'astreintes ainsi envisagé, la question de l'autorité de la chose jugée ne peut plus lui être posée.

Ce qu'on peut seulement reprocher à la jurisprudence, c'est cette constatation que, si les astreintes sont un moyen de contrainte, il en résulte que tous dommages-intérêts dus à tant par jour de retard ne seront applicables qu'à partir du jour de l'arrêt. « Cela est vrai, explique M. Esmein. Mais nous savons que si la Cour de cassation décide le contraire, c'est en ce sens que se porte plutôt la jurisprudence des cours d'appel, plus rapprochées des justiciables » (*Op. cit.*, p. 37).

Quant à nous, l'idée que nous venons d'exposer et d'après laquelle la jurisprudence voit, dans les astreintes, un ordre, une injonction du magistrat, est la seule qui puisse nous conduire vers une explication légale et véritable des astreintes.

Elle correspond à une vieille pratique, toujours suivie, qui admettait et le principe de la liberté individuelle dans toutes circonstances, et la réalisation

(1) On trouve des exemples dans les amendes contraintes prononcées contre les témoins et les jurés. Les juges qui les ont prononcées peuvent les rapporter.

des droits acquis. Les nécessités de la pratique et le développement même de la société l'exigent.

Nous avons tout dit sur le rôle de la jurisprudence en matière d'astreintes et discuté suffisamment cette question, et, pour cette raison, à la fin de cette première partie de notre travail, nous nous posons une autre question, qui envisage les astreintes au point de vue critique.

Les critiques formulées par la doctrine formeront l'objet de la deuxième partie de notre ouvrage.

DEUXIÈME PARTIE

HISTORIQUE ET CRITIQUE

Nous ne croyons pas qu'il y ait beaucoup de cas où la jurisprudence soit aussi unanimement critiquée en doctrine. En effet, en dehors de quelques auteurs (1), la majorité ne voit dans cette manifestation jurisprudentielle qu'une illégalité, une action qui ne peut subir une discussion basée sur les principes du droit.

Si tous les auteurs sont unanimes quant à l'utilité de cette jurisprudence au point de vue pratique, ils ne cessent pas de se montrer hostiles à l'enseignement des astreintes au point de vue théorique.

(1) Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 6^e édit., 1912, p. 73, nos 207 et suiv. ; René Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé*, p. 518 et suiv., ch. VII : l'Action en justice et le rôle du juge ; Esmein, *op. cit.*, ; Vernerey, *De la jurisprudence en matière d'astreintes* (thèse), 1904. — Nous parlons de ceux qui l'admettent comme système légal, basé sur l'idée de l'injonction qui pourra être prononcée par la justice.

Quelles en sont les raisons? Quels sont les griefs invoqués contre la jurisprudence?

D'abord on dit que les astreintes ne respectent pas le principe si connu sans lequel aucun jugement ne pourrait avoir de fondement, celui de l'autorité de la chose jugée, que le Code civil pose dans son article 1351.

On dit encore : les astreintes créent une sorte de peine contraire à la plus élémentaire des notions du droit, à l'adage *nulla poena sine lege*, ce qui veut dire qu'aucune peine ne peut être édictée sans texte écrit dans la loi.

On invoque aussi contre les astreintes le principe de la séparation des pouvoirs (1), leur inutilité et leur manque de fondement, de critérium (2).

Et ceux qui élèvent ces dernières critiques sont précisément ceux qui se sont occupés tout récemment de la question.

Quant à nous, nous ne suivrons pas nos devanciers, en discutant, chapitre par chapitre, en tous leurs détails, leur critique des astreintes.

Nous pensons qu'après l'étude, suivant nous, si concluante de M. Esmein (1), la question a pris un

(1) Jules Génicon, *De la règle Nemo præcise cogi potest ad factum* (thèse), Bordeaux, 1910, p. 274 et suiv.

(2) Albert Bernard, *Théorie des astreintes* (thèse), Aix-Marseille, 1909, p. 26-27.

autre caractère, et nous nous préoccupons seulement de savoir si oui ou non les astreintes sont légales et en harmonie avec les idées et les principes du droit.

Nous laisserons de côté les critiques suivant lesquelles les astreintes ne respectent pas l'application du principe de l'art. 1351 du Code civil, car, d'après ce que nous avons vu, notre but ne tend pas à légitimer les astreintes par l'idée d'une allocation de dommages-intérêts, dus à cause du retard dans l'exécution d'une obligation (c'est le seul cas où la question peut se poser); nous y voyons l'exécution d'une injonction, d'un règlement, d'un ordre de la justice.

Ce n'est donc pas la théorie des dommages-intérêts qui nous servira à démontrer que les astreintes sont légales et en concordance avec les règles du droit; mais, d'après notre théorie, les astreintes constituent une menace, une peine provisoire, une injonction, par lesquelles la justice, étant donné que tout droit acquis mérite une sanction, réussit à se faire obéir, même dans les circonstances où l'obstination du débiteur est capable de résister avec succès aux moyens édictés par la loi. Donc ce qui nous inté-

(1) Esmein, *Revue trimestrielle du droit civil* : l'Origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, 1903, t. II.

resse, c'est une question de tradition et d'histoire pour prouver que le magistrat a possédé ou possède encore le droit de donner des ordres, de prononcer des injonctions.

Nous étudierons dans ce but successivement le droit romain, l'ancien droit français et le droit moderne.

Mais avant de commencer cet historique et après avoir maintes fois insisté jusqu'ici sur l'étude de M. Esmein, demandons-nous si, avant lui, d'autres esprits, frappés de l'intérêt qu'une telle jurisprudence présente, n'ont pas cherché, même en doctrine, à légitimer le système des astreintes. La doctrine, qui, d'ordinaire influencée par les idées du jour, à toute époque, subit l'influence des diverses transformations de la société, ne s'en est-elle donc pas cette fois aussi ressentie ?

Un examen sérieux de la doctrine antérieure à 1903 nous conduit à donner à cette question une réponse affirmative.

Plusieurs auteurs ont imaginé une explication des astreintes, qui aboutit à la légitimation de notre système.

Son utilité, d'après leur opinion elle-même, est tellement considérable, et ses avantages en jurisprudence, cette source hardie et toujours agissante du droit, sont si bien établis, qu'il est impossible de revenir en arrière devant les résultats pra-

tiques obtenus. Quels sont les effets tentés par la doctrine en ce sens, et quels en sont les résultats?

Parmi les auteurs favorables aux astreintes, nous pouvons citer : M. Meynial (1), Aubry et Rau (2), M. Labbé (3) et M. Leroux (4).

Nous étudierons à part la théorie de M. Esmein, non seulement parce qu'elle est postérieure en date aux ouvrages des auteurs ci-dessus, mais aussi parce que, formant la base de notre étude, nous aurons l'occasion de lui donner toute l'importance qu'elle comporte.

Quels arguments les auteurs ci-dessus énumérés apportent-ils à leur théorie?

Nous ne les exposerons pas dans leur ensemble, parce que toutes ces théories, excepté celle de M. Leroux (5), ne fournissent que des explications partielles, qui ne justifient les astreintes, d'après les arrêts de la jurisprudence, que dans certaines hypothèses.

(1) Meynial, *Revue pratique du droit français*, avec la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, 1889, t. L.

(2) Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 299.

(3) Labbé, *Revue pratique du droit français*, encore l'affaire de Beauffremont, t. L, 1881.

(4) Maurice Leroux, *les Astreintes* (thèse), Paris, 1902, p. 136 et suiv.

(5) M. Maurice Leroux déclare que, bien que les astreintes soient illégales, comme contraires aux principes fondamentaux du droit civil,

Et seule la théorie historique de M. Esmein, la plus pratique pour le droit, établit la légalité des astreintes en général, tout en critiquant souvent les décisions des juges et en montrant ce qu'elles devraient être.

Nous ne pensons pas que les explications données aux astreintes, avant la théorie de M. Esmein, puissent être une véritable justification.

Car, de deux choses l'une : ou admettre les astreintes (et nous les envisageons comme étant légales dans toutes les circonstances où leur application est nécessaire); ou leur refuser toute valeur légale, et en ce cas on ne peut, par des exceptions plus ou moins nombreuses, varier de système.

Nous pensons qu'il ne faut pas perdre de vue notre but final, dégagé de toutes réserves. Car, en somme, la grande majorité des auteurs reconnaît l'utilité pratique des astreintes.

il existe des procédés légaux permettant d'arriver aux mêmes résultats qu'elles.

M. Leroux (*op. cit.*, p. 136) s'aide, pour arriver au résultat cherché, de trois règles fondamentales :

1^o *Le tribunal a le droit d'apprécier les dommages-intérêts très largement, quand il statue sur l'avenir*; 2^o *Le tribunal peut tenir compte du préjudice moral*; 3^o *Le tribunal a le droit d'accorder un terme en faveur du créancier.*

Ce n'est pas une théorie, mais plutôt *un effort de concilier*, tout en respectant la loi et en profitant des tendances jurisprudentielles, la jurisprudence et la doctrine.

Il est vrai que cela ne suffit pas pour nous convaincre. Mais les nombreuses autorités que nous aurons l'occasion de citer dans cette partie de notre travail nous montreront jusqu'à quel point notre système est, non seulement adapté aux nécessités de la vie et à la pratique des choses, mais parfaitement légal, en concordance avec les règles et les principes du droit.

C'est la dernière remarque sur laquelle nous tenons à insister avant d'étudier l'histoire des astreintes telles que nous les avons envisagées, c'est-à-dire sous la forme d'une injonction prononcée par la justice.

CHAPITRE I

DROIT ROMAIN

En disant que « ordonner et menacer pour forcer les parties à exécuter leurs obligations est une tendance naturelle aux magistrats », on affirme une vérité peut-être trop connue; car personne certes ne pourra imaginer l'existence d'une harmonie sociale, dans un État fondé sur l'idée de justice, sans par cela même admettre la nécessité de sanctions, afin que les magistrats chargés ne soient pas dépourvus d'autorité.

Cela dit, demandons-nous si, dans les diverses procédures connues du droit romain, on peut trouver des procédés d'exécution présentant quelque analogie avec les astreintes. La première notion, quant à la réparation d'une injustice, était, en droit romain primitif, une notion de vengeance privée, suivant laquelle la victime d'un tort inflige à l'autre un tort équivalent.

D'après ce système, la réparation d'une injustice consistait en ce que la victime se faisait justice à elle-même.

Cette conception primitive disparaît avec la loi *Aebutia* qui, en introduisant le système de la procédure formulaire, transforme toutes les condamnations en condamnations pécuniaires, même au cas d'actions réelles, ainsi que le dit Caïus : *Ad pecuniarum aestimationem condemnatio concepta est* (IV-48).

Ainsi, à la place d'une exécution sur la personne, les mœurs du temps et les transformations de la société font admettre cette idée nouvelle d'une exécution sur les biens du débiteur.

Et comme il y avait des cas où la transformation en argent était impossible, on admit à cette règle, *volens nolens*, diverses exceptions.

Sous l'influence du prêteur, on trouva des moyens nouveaux de coercition, dans le but d'amener le débiteur à exécuter son obligation en nature.

Il est intéressant de savoir si le prêteur avait ou non la possibilité d'ordonner ou de réglementer de pareilles pressions sur la volonté du débiteur.

Pour ceux qui connaissent l'histoire et les principes fondamentaux de la procédure romaine de cette époque, la réponse n'est pas douteuse.

D'après ce qu'on peut savoir, à Rome, le prêteur n'avait pas seulement la mission d'appliquer strictement la loi (ce à quoi certains auteurs de nos jours

voudraient réduire le rôle du juge magistrat), mais aussi le pouvoir de sanctionner ces décisions par une amende. *Omnibus magistratis, non tamen duumviris, secundum jus potestatis suae concessum est jurisdictionem suam defendere poenali judicio*, disait Ulpien (1).

En ce sens le prêteur se servit des actions *absolutaires* dont la caractéristique est que le créancier est obligé, après la *litis contestatio*, d'accepter l'offre d'exécution en nature faite par le débiteur. *Omnia judicia sunt absolutoria*, disait-on en pratique : toutes les actions sont absolutaires.

L'action arbitraire était aussi une sorte d'action absolutoire, suivant laquelle, après avoir vérifié l'*intentio*, le magistrat prescrivait au juge de condamner, à moins que le débiteur ne fournisse une « satisfaction arbitrée par lui ». *Nisi arbitrio tuo restituat, condemna* était la formule usitée (2).

En dehors des actions absolutaires, dont le but était d'aboutir à l'exécution en nature des obligations, on trouve les actions pénales et mixtes, qui prévoyaient comme sanction le double, le triple ou le quadruple de la somme qui formait la valeur de l'objet dû.

Cette sanction était fort redoutée par les débi-

(1) Loi 1^{re}, livre III, *Si quis dicendi non obtemperavit*.

(2) *Institutes*, l. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31.

teurs. Elle amenait le plus souvent à l'exécution en nature. C'était une sorte de peine, qu'on appliquait toujours en cas d'inexécution, étant donné qu'en droit romain l'inexécution des obligations constituait un délit, et que les débiteurs menacés par cette peine, dont le *quantum* était, d'après les circonstances, du double, triple ou quadruple, se voyaient contraints à exécuter leurs obligations ou à se voir appliquer le délit cité plus haut.

On s'est servi plus tard des clauses pénales, qui étaient insérées surtout dans les obligations de faire ou de ne pas faire (1), et également de l'infamie.

La procédure extraordinaire prévoit des injonctions pour la livraison, la restitution ou présentation d'une chose.

Ce sont des injonctions caractérisées par l'idée de contraindre le débiteur à exécuter.

Ainsi donc, nous pouvons affirmer, qu'au moins au temps de l'empire, les juges connaissaient les *comminationes*.

Cela est prouvé par un titre du Code de Justinien (2) qui a pour objet de refuser l'autorité de la chose jugée à de semblables menaces.

(1) Sur cette question, voir aussi les explications que nous avons données dans notre première partie à l'occasion de l'historique relatif à l'art. 1142 C. civ.

(2) Code VII-57 : *Comminationes, epistolae, programmata, subscriptiones auctoritatis rei judicatae non habere*.

A ce point de vue, M. Esmein dit que « le sens des constitutions impériales qui y sont insérées n'est point douteux, elles déclarent ces *conventions* nulles et de nul effet, sauf à savoir si c'est à raison de leur nature même et de leur contenu, ou seulement à cause de la forme défectueuse sous lesquelles elles se présentaient dans les hypothèses visées » (*Op. cit.*, p. 37, texte et n° 4).

CHAPITRE II

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Trouve-t-on les astreintes dans l'ancien droit français comme moyen de contraindre un débiteur récalcitrant?

L'étude de M. Esmein nous dit (p. 38) qu'au moyen âge, sous la procédure du droit romain et du droit canonique, on discutait le système des astreintes, ainsi envisagées dans le *Speculum juris* de Durantis : *Sed numquid judex qui præcepit aliquid solvi certa die, potest hoc præcipere sub pœna dupli vel tripli.*

« Videtur quod sic, nam et testator potest heredi aliquid præcipere sub pœna. ut C. de his quæ pœn. nom. in test. vel codicil. l. unica et X, de test. Reynaldus, prope principii. Sed dic contra secundum ubert(um). Non enim potest prejudicare nisi de eo quod actum est coram eo; at de hoc actum non fuit; ff. de jurej., de qua re, X, de caus. pors. cum super. ad finem, et de Simon, licet Heli. Et facit ad hoc C. commi. et epistol. I. interlocutio, quamvis possit

responderi *quod praeceptum non est sententia*, ut praemisi; et idem est in sententia diffinitiva cum non fuerit ad hoc actum. *Tu dic si judex evidenter presumit contumaciam et malitiam condemnati, satis ei poterit ex officio suo quasi exquendo praeceptum suum sub certa poena praecipere ut certa die tradat vel solvat per permisa jura et argumento eorum quæ not. infra, versiculo proximo, et argum. ff. de dol. excep. l. apud Celsum § Labeo.* Sed ibi loquitur in tali actione super qua contumax mulctari poterat, Judex enim et arbiter possunt in quibusdam actionibus arbitraris mulctare contumaciam... *Item quia sic consuetum est et ideo sic observandum est.* »

Comme commentaire de ce texte, le même auteur ajoute que ce fragment montre, débarrassé des citations qui l'encombrent, qu'au XIII^e siècle, comme aujourd'hui, on discutait la légitimité des astreintes, bien entendu, calculées autrement que par jour de retard. Du même texte ressort également le rapport existant entre les astreintes, comme système d'exécution, et le droit de commandement qui appartenait aux juges.

Et à ce point de vue, il ne faut pas confondre, comme on l'a fait (1), la jurisprudence en matière d'astreinte à des condamnations de cette espèce, qui

(1) Meynial, *op. cit.*; Ernest Croissant, *Des astreintes* (thèse), Paris, 1900.

étaient en usage, dans certaines provinces de l'ancienne France, sous le nom de lieff d'appel (1).

Il est vrai que ces deux questions présentent quelque affinité, mais sont cependant distinctes, ce qui est suffisamment prouvé par Durantis.

On rencontre encore l'idée que le juge a, en dehors du droit de trancher en fait et en droit les questions litigieuses, celui de donner des ordres aux justiciables. Il pouvait user de sanctions dont l'efficacité consistait à infliger des peines, dans le cas où le développement libre et juste des affaires le réclamait.

Et justement, cette idée se trouve admirablement exposée dans un coutumier du xiv^e siècle, publié par Beautemps-Baupré (2).

Au moyen âge également (xiv^e et xv^e siècles), les

(1) Guyau, *Répertoire*, *hoc verbo*, dit que le juge condamnait la partie, à moins qu'elle ne produisit tel document dans un délai donné.

(2) Ce titre se trouve dans le *Livre des droits et des commandements d'office de justice*.

On rencontre la même idée dans une définition donnée par d'Argentré au mot *territoire*, déterminant la juridiction. Elle est ainsi conçue : *Cum id esse territorium definiatur in quo quisque terendus potestate suo habeat*. (*Commentarii in consuetudines ducatus britanniae*, édit. Paris, 1628; *Des justices*, art. 19, v^o Exécuter, n^o 4.)

A cet égard, le même jurisconsulte indiquait fort nettement la différence entre les juges et les arbitres, qui, dépourvus de ce pouvoir de contrainte, ont bien la connaissance des causes, mais non la véritable juridiction. (*Ibid.*, nos 2, 3, 4.)

Comme on a vu dans la deuxième partie de notre travail consacré à la jurisprudence en matière d'astreinte, celle-ci reconnaît aux arbitres

juges ecclésiastiques (1) exerçaient le pouvoir de commander, de donner des ordres, des injonctions, sous la sanction de divers modes de contraintes dont ils disposaient alors.

On en trouve la preuve dans l'abbé J.-M. Alliot (2). Le pouvoir des juges était, à cette époque, un pouvoir à la fois administratif et judiciaire.

Ce que Bodin remarque aussi : il insiste sur le pouvoir qu'avait le magistrat d'ordonner, de commander (3), et la même doctrine est partagée par Loiseau (4).

Maintenant, si, après avoir examiné le rôle du juge au moyen âge, sous la procédure née du droit romain et du droit canonique (xii^e siècle), et au xiv^e et xv^e siècles, nous passons au xviii^e siècle, nous rencontrons la même théorie.

le droit de prononcer des astreintes. Cette jurisprudence est possible dans la théorie qui explique les astreintes par des dommages-intérêts dus à cause du retard dans l'exécution des obligations, mais non dans notre théorie, qui admet les dommages-intérêts comme peine contre celui qui a tardé d'exécuter un ordre reçu, en notre cas : le jugement.

(1) Au moins les *ordinarii*, d'après l'opinion de M. Esmein (*op. cit.*, p. 40).

(2) *Visites archidiaconales de Josas* (fin du xv^e siècle), *passim*. On rencontre presque à chaque page cette formule : *ei injunximus sub pœna amendæ ut...*

(3) *Les six livres de la République*, l. III, ch. v, édit. Genève, 1629, p. 429-430.

(4) Loiseau, *Traité des offices*, l. I, ch. v, nos 19 et suiv.

C'est Jousse (1) qui la reproduit entièrement, et par des références à des lois romaines, ce qui lui arrive notamment en discutant sur la définition de la juridiction.

Il dit en ce sens que la juridiction proprement dite « est la connaissance ou notion attachée à la magistrature (*est notio quæ magistratui compellit*, suivant Cujas, *in paratillis*). Elle consiste à rendre des décrets et des jugements et à donner des gages » ; et, en parlant de l'*imperium*, il remarque qu'elle « est inséparablement attachée et inhérente à la juridiction renferme en même temps et la puissance et la juridiction : telle est en France la juridiction des magistrats et juges ordinaires ».

Nous devons citer jusqu'à la fin ce passage de Jousse, en insistant seulement sur quelques lignes dans lesquelles il met en évidence l'importance du rôle du juge : « En effet, il ajoute, la juridiction serait illusoire et inutile si le magistrat qui l'exerce n'avait le droit de contrainte pour faire exécuter ses mandements et celui de pouvoir réprimer, du moins par une punition modique (*modica coercitione*), ceux qui sont rebelles à ces mêmes mandements (2). »

(1) Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, Paris, 1771, t. I, p. 2 et 3-1^o.

(2) Nous rencontrons le même pouvoir pour le juge dans le droit anglais. A ce point de vue, la thèse de M. Adrien Gérard, *Des Torts*

S'agit-il maintenant de prouver par des exemples ce que jusqu'ici nous avons développé? L'histoire

ou *délits civils en droit anglais*, nous fournit des détails précieux (Rennes), 1910.

D'abord, qu'est-ce que veut dire injonction? C'est un moyen judiciaire par lequel un individu qui porte atteinte aux droits légaux ou équitables d'autrui est empêché de continuer ou de commencer de tels actes délictueux (*Encyclopedia*, vol. VII, v^o Injunction, p. 247-248), c'est-à-dire une défense d'accomplir un acte délictueux (*imperative*; *mandatory injunction*), quand un ordre est donné au défendeur de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant le délit (*Encyclopedia*, vol. VII, p. 255-256).

Il y en a encore l'injonction interlocutoire (*interlocutory injunction*), qui a pour but de maintenir le *statu quo*; l'injonction perpétuelle ou définitive (*perpetual, final injunction*), rendue après décision sur le fond, *at the hearing of the merits* (Pollock, p. 190, 194; *Encyclopedia*, vol VII, p. 257-258, cité dans la thèse de M. Adrien Gérard, p. 387).

Les cas les plus fréquents, dans lesquels la cour anglaise applique l'injonction, sont les cas de *nuisance*.

En général, les magistrats anglais n'accordent des injonctions que lorsque le préjudice dont se plaint le demandeur est irréparable et permanent. La cour répond par un refus lorsque le dommage est temporaire ou intermittent, accidentel ou minime. Il faut que le préjudice soit sérieux.

En outre, les *courts of record*, c'est-à-dire les tribunaux importants, ont le droit de punir par l'emprisonnement ou par des amendes ceux qui méprisent leur autorité.

Dans l'organisation judiciaire des États-Unis, nous rencontrons le même pouvoir, qui n'est employé que dans le cas des *writs* (espèces d'ordonnances en référé, que les juges des États-Unis ont le droit de rendre en diverses matières).

Voilà comment, dans son livre *l'Organisation judiciaire aux États-Unis* (1909), M. Nérinx explique l'injonction : « L'équité, à son tour, inventa pour le besoin de certaines causes, dans lesquelles le droit coutumier ne permettait pas de faire bonne et prompte justice, un *writ* plus énergique : *l'injunction*, qui se définit, etc. » (p. 202).

Le même auteur ajoute, toujours en parlant des injonctions : « Il

se chargera de nous en trouver : ainsi le protocole des greffiers (1), qui nous procure des documents assez intéressants.

Ce protocole se rapporte à la prévôté de Paris (Châtelet), et les modèles de jugements ou mandements sont au nom de « Gabriel, baron et seigneur d'Allegle, Saint, Just, Meillenctoz et Saint-Vidier et de Pressol, conseiller chambellan du roy nostre Sire, garde de la Prévosté de Paris ». (Lettres d'assises, p. 1000V.)

Sous la rubrique : *Commission à nettoyer un puits*, M. Esmein (p. 43) trouve quelques passages qui nous prouvent que le pouvoir d'enjoindre et d'ordonner était largement mis en pratique au XIII^e siècle.

Il s'agissait, dans notre cas, de vider et de curer un puits qui était démoli. Pour se faire entendre, les juges s'exprimaient ainsi : « Et par ces mêmes personnes (ceux qui formaient la commission) mandons au premier sergent de la Prévosté sur ce requis qu'au paiement des dits taux et impost il contraigne

s'en fait un usage courant dans la procédure entre simples particuliers et dans les démêlés de citoyens avec les fonctionnaires pour prévenir, de la part de ceux-ci, l'abus de certains pouvoirs mal définis par les lois » (p. 204).

(1) *Nouveau style et protocole des notaires, tabellions, greffiers et autres praticiens*, à Troyes, chez le veuf Nicolas Oudotl, demeurant en la rue Notre Dame au Chapon d'Or, couronné, M D C XXXVII. Le livre est donné comme « revu et augmenté de nouveau ».

ceux qui pour ce seront à contraindre par prinse de leurs biens et autrement par toutes voyes et manières deues et raisonnables, etc. »

De même, d'un livre de Toubeau (*Institutes du droit consulaire*) nous pouvons extraire un passage (1) qui prouve que, parfois, le droit de commander, de procéder par injonction et menaces, était même revendiqué pour être exercé par les juges qui n'avaient qu'une juridiction d'exception (L. I, tit. ch. II) (2).

Si nous voulons maintenant connaître les sanctions dont disposaient les juges pour forcer les parties à respecter leurs ordres, nous n'avons qu'à nous rapporter à l'ordonnance de 1667, sur la procédure civile, où elles sont énumérées dans un article (tit. XXXII, art. 1).

Parmi ces sanctions nous trouvons dans cet article : la prison, le séjour, les dommages-intérêts, etc.

(1) Du pouvoir aux juges consuls de faire défense à leurs justiciables de plaider ailleurs que par devant eux.

(2) Dans *les Institutes du droit consulaire en jurisprudence des marchands*, Paris, 1682, p. 194, on rattache le pouvoir des juges-consuls de faire défense à leurs justiciables de plaider ailleurs que par devant eux à une sorte de pouvoir réglementaire.

Même idée dans une circonstance où il cite un cas personnel (il s'agit de Toubeau) ; il ordonne que le nommé P. sera transféré dans l'autre prison, parce que, abusant de sa qualité de concierge, il ne laissait pas de vaguer dans la rue, ressort du livre I titre XXIII, dont la rubrique est : « Des prisons, des injonctions aux geôliers de recevoir les prisonniers arrêtés en vertu des sentences des juges-consuls, et des défenses aux autres juges de les élargir et aux geôliers de les laisser sortir.

Claude de Ferrière insiste aussi sur les diverses sanctions que le juge avait à sa disposition pour se faire obéir.

Il cite l'amende arbitraire, la condamnation à des dommages-intérêts (1).

Mornae (2) nous montre, à son tour, que le parlement usait souvent de condamnations à des dommages-intérêts.

Nous savons que, dans l'ancien droit, les dommages-intérêts étaient arbitraires et dépendaient des circonstances (3).

Ils étaient *moratoires* et *compensatoires*, mais ils présentaient aussi le caractère d'une *peine civile*.

C'est ainsi que l'article 1 de l'ordonnance de 1667 (cité ci-dessus) les qualifie, et l'expression à *peine de dommages-intérêts* était assez courante dans l'ancien droit (Esmein, *op. cit.*, p. 47, texte et note jusqu'à 5). Nous nous arrêterons ici dans nos citations, et nous avons prouvé que, dans l'ancien droit français, le juge avait le pouvoir d'ordonner, de réglementer, de donner des injonctions, pour contraindre

(1) *La Jurisprudence du Digeste, conférée avec les ordonnances royaux, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines*, Paris, 1627, t. I, p. 184 ?

(2) *Ant. Mornacii opera*, Paris, 1721, sur la loi 15 D. de recep. IV, 8.

(3) Guy de Rousseau de La Combe, *Recueil de jurisprudence des pays de droit écrit coutumier*, Paris, 1736, v^o Dommages-intérêts, n^o 1.

ceux des débiteurs qui ne voulaient pas céder aux injonctions de justice.

Mais si on ne peut avoir de doute, quant au pouvoir du juge dans l'ancien droit, par contre, un grand problème se pose dans les temps modernes : Les magistrats possèdent-ils encore le droit de réglementer, d'ordonner des injonctions?

Les transformations accomplies dans l'organisation de la société, conséquence de la grande Révolution de 1789, ont-elles retiré au juge le bénéfice de son pouvoir dans l'ancien droit?

Sur cette question les idées sont partagées; la majorité incline à contester au juge la possession du pouvoir de donner encore des injonctions.

Essayons-nous de prouver que par la continuation d'un tel pouvoir du juge, entre le droit ancien et le droit moderne il existe une parfaite harmonie.

CHAPITRE III

DROIT MODERNE

Dans le droit moderne, où le pouvoir judiciaire est indépendant de l'exécutif, contrairement aux institutions antérieures à la Révolution de 1789, où le juge disposait d'une juridiction judiciaire et administrative, quelles sont les attributions de l'autorité judiciaire?

Étant donné, d'une part, cette séparation des deux pouvoirs et, de l'autre, ce fait que le Code civil défend aux juges de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leurs sont soumises », on peut soutenir que les juges possèdent encore le pouvoir de prononcer des injonctions.

A cette question M. Esmein (*op. cit.*, p. 49), se basant sur un texte de Henrion de Pansey (1), donne une réponse affirmative.

(1) Henrion de Pansey, un des plus renommés des magistrats de son époque, président de la Cour de cassation. Il a écrit plusieurs ouvrages, parmi lesquels un des plus intéressants est celui où il traite *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, 1810.

Que trouvons-nous dans cet auteur qui se propose, d'après ce qu'il dit lui-même, de parler de l'autorité judiciaire, de sa nature, de ses attributions, de son influence, des éléments qui la composent, des divisions dont elle est susceptible, de ses rapports avec la puissance législative, etc.? (*Introduction*, p. 1.)

Dans son chapitre iv, après avoir parlé de l'autorité judiciaire, de son objet et de son influence; du fait de savoir si le prince doit s'immiscer dans l'exercice judiciaire et de quelques exceptions qui lui permettent de juger lui-même quelquefois. Henrion de Pansey s'occupe des deux éléments qui composent l'autorité judiciaire et qui sont, d'après lui : la *juridiction* et le *commandement* (p. 101).

Il s'exprime ainsi, quant à la juridiction, en disant que « ce pouvoir est tout entier dans la faculté de connaître et de juger, *in notione et judicio*, comme parlent les juriconsultes, pour ajouter que nous ne donnerions donc qu'une idée très imparfaite de l'autorité judiciaire, si, après avoir défini la juridiction, nous ne faisons pas voir en quoi consiste le commandement judiciaire ».

Pour continuer cette même idée, il poursuit en disant que, si le mot commandement pris dans une signification absolue caractérise éminemment la souveraineté, tout en embrassant tous les genres de pouvoir, il a une signification beaucoup plus restreinte quand il est appliqué aux autorités secondaires.

« Sous ce point de vue, le commandement se divise en deux branches, la coercition et l'exécution. »

L'une consiste dans le droit qui appartient à tous les juges de punir par des peines légères, telle qu'une amende peu considérable ou un emprisonnement de peu de durée, les injures qui leur seraient faites dans l'exercice de leurs fonctions. Et plus loin : « En effet tous les juges, quelque degré qu'ils occupent dans la hiérarchie judiciaire, ont ce droit de coercition ; il leur est également assuré et par les lois romaines (1) et par les lois françaises. »

Après la remarque que « cette coercition n'est qu'une faible partie de commandement judiciaire », il s'occupe de l'autre branche, « beaucoup plus importante, et qui est le commandement proprement dit. »

Jusqu'ici Henrion de Pansey a expliqué les deux éléments qui constituent le pouvoir de l'autorité judiciaire.

Et comme lui-même se rend compte de la grande importance attribuée au juge, surtout dans la deuxième branche de l'autorité judiciaire, il fixe dans un cercle bien étroit le rôle et le pouvoir du juge.

C'est de la sorte que notre auteur s'exprime : « En s'unissant à la juridiction, ce commandement s'atténue et se modifie d'une manière telle qu'il n'a ni la même

(1) Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest. (*Dig. de jurisdictione*, 1-2).

Ilberto dans ses mouvements, ni la même sphère d'activité que celui qui réside dans le moindre des principaux agents de l'ordre administratif. Il était impossible d'assujettir à des règles invariables le pouvoir confié à ses agents, parce que, obligés de prévenir et de prévenir tout ce qui pourrait troubler l'ordre public, ils ne peuvent, le plus souvent, prendre conseil que des circonstances. »

Mais quant au commandement proprement dit, Henrion de Pansey dit qu'en ce cas (commandement uni à la juridiction), il n'en est pas de même.

« Comme cette union n'est fondée que sur la nécessité d'assurer le règne de la loi, le juge ne peut commander qu'au nom de la loi, que dans les formes par elle établies, et pour l'exécution des ordres qu'elle autorise à donner (1). »

« Mais le juge ne peut statuer que de deux manières : par des *ordonnances* pour citer et faire comparaître devant lui, par des *jugements* pour prescrire ou défendre, pour condamner ou absoudre. »

A notre idée, les passages cités de Henrion de Pansey sont tout à fait caractéristiques.

Ils montrent clairement que, même dans le droit

(1) Ce passage est fort important. C'est sur ces mots que les adversaires de notre thèse s'appuient pour démontrer que, dans le droit moderne, le juge ne peut plus prononcer des astreintes. C'est une critique que, plus loin, nous essayerons de réfuter.

moderne, le pouvoir de l'autorité judiciaire se subdivise en deux parties : *juridiction* et *commandement*.

Nous dirons donc, avec M. Esmein, que nous retrouvons la théorie même des anciens auteurs et que « la tradition n'est pas encore interrompue; le juge peut encore donner des ordres, prescrire et défendre, d'après Henrion de Pansey. Tout ce que lui a défendu le législateur moderne, c'est de faire des règlements généraux, statuant pour l'avenir et à l'égard de tous » (*op. cit.*, p. 50).

Les fragments cités ci-dessus ne constituent pas le seul texte qui permette de soutenir de nos jours que le magistrat possède encore le pouvoir de prononcer des injonctions. Assurément non !

Le Code de procédure civile, par conséquent la loi elle-même, contient un article (1036) ainsi conçu : « Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des *injonctions*; supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et affiche de leurs jugements. »

Comme nous le voyons, le texte est définitif en la matière : les tribunaux peuvent prononcer des injonctions.

Mais ce n'est pas sous cette aspect que les auteurs envisagent l'art. 1036 du Code de procédure civile.

Ils établissent une liaison entre les mots « des injonctions » et ceux « de supprimer des écrits », de

sorte que, d'après eux, les termes « prononcer d'injonctions » font corps avec ce qui suit, c'est-à-dire avec les mots « supprimer les écrits ».

Les injonctions ne viseraient, dans notre cas, que simplement des termes injurieux, et elles s'adresseraient spécialement aux auxiliaires de la justice (art. 512 C. civ.).

Mais alors pourquoi le législateur aurait-il employé pour exprimer la même idée deux termes différents? (M. Vernerey, *op. cit.*, p. 59.) On ne s'en expliquerait pas la raison. Mais tandis que l'expression « supprimer des écrits » est claire, celle de « prononcer des injonctions » est une expression tout à fait générale.

Examinons les travaux préparatoires de l'article 1036 (ancien 1104 du Code de procédure civile, et dans quel sens ses rédacteurs se sont-ils prononcés?

Tout d'abord, il est certain que son but était de maintenir le plus possible les règles de l'ancien droit. Ainsi qu'il ressort d'un passage trouvé dans Locré (1) : « Son but (de la commission), au surplus, n'a pas été de créer des dispositions nouvelles; *elle s'est fait au contraire un devoir de maintenir toutes celles qui ont paru utiles parmi les dispositions existantes.* » Et plus loin : « C'est ainsi que la partie du projet relative aux

¹ Locré, *la Législation civile, criminelle et commerciale, de la France*, t. XXI, p. 18.

justices de paix est empruntée presque tout entière à l'Assemblée constituante et la procédure qu'elle propose de faire suivre devant les autres juridictions de l'ordonnance de 1667. » Lors de la discussion de l'article 1104, aujourd'hui 1036, après des observations qui tendaient à lui donner une interprétation restrictive, Treillard a maintenu la portée de la disposition (1).

Et devant le Corps législatif (2), le tribun Mallarmé s'exprime ainsi : « Puissent-ils (les magistrats) user avec une inflexible intégrité du pouvoir que leur donne la loi de prononcer des injonctions; de supprimer, dans les cas où ils seront saisis, des écrits calomnieux qui porteraient atteinte à l'honneur et à la réputation des parties! » (Locré, *op. cit.*, p. 448, n° 18.)

De tout ce que nous avons dit il résulte que, dans l'ancien droit, les juges employaient le procédé des astreintes, et ils avaient le pouvoir de commandement.

D'ailleurs, nos codes, sans parler de la question des astreintes, reconnaissent aux juges le pouvoir de commandement, tel qu'il existait dans l'ancien droit fran-

(1) Locré, *op. cit.*, t. XXXIII, p. 396. Procès verbal du Conseil d'État, séance de 29 prairial an XIII (18 juin 1805), sur l'art. 1104 (devenu 1036).

(2) Séance du 29 avril 1806.

çais. Nous avons prouvé et suffisamment mis en évidence l'un des caractères des astreintes, il nous reste à examiner maintenant si l'autre élément existe également qui confère aux juges le droit de sanctionner leur pouvoir par des dommages-intérêts coercitifs et comminatoires. Comme l'art. 1020 du Code de procédure civile n'est applicable qu'aux peines édictées par le législateur, lequel ne permet pas aux juges d'en faire remise, aucun texte ne se prononce contre l'existence de ce deuxième élément. Le juge ne peut plus édicter aujourd'hui des peines sans loi (l'amende arbitraire non plus), sauf dans l'hypothèse d'une injonction (art. 512), dont d'ailleurs le juge ne peut user dans tous les cas. Il n'en est pas de même pour les dommages-intérêts employés comme moyen de contrainte.

Ceux-ci constituent une peine dans certains cas, mais cependant on ne leur applique pas les règles de droit pénal (Esmein, *op. cit.*, p. 53), et aucun texte ne les prohibe: car, compensatoires ou moratoires, ils visent une autre institution.

Nous voici donc arrivés au terme de notre travail. Il nous reste à dire encore quelques mots sur les critiques de notre théorie avant de conclure suivant le but, non seulement théorique, mais pratique que nous nous étions proposé.

CHAPITRE IV

CRITIQUE DU SYSTÈME JURISPRUDENTIEL

Avant 1903, date à laquelle a paru l'article de M. Esmein sur l'*Origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, quand on discutait celles-ci, sans grande peine superficiellement, on pouvait les réfuter comme étant arbitraires et illégales.

Mais, depuis cette date, un nouveau courant d'opinion s'est manifesté contre la doctrine qui, jusqu'alors, ne voyait dans notre système qu'un effort de la jurisprudence pour faire cadrer cette théorie dans les règles des dommages-intérêts.

Ce revirement part de l'idée si brillamment soutenue par M. Esmein, suivant laquelle les astreintes sont dues au pouvoir du juge de prononcer des injonctions.

Elles sont infligées à celui qui doit les subir, non pour dédommager la personne au profit de

laquelle elles ont été prononcées, mais pour punir le débiteur, à cause du retard qu'il a mis dans l'exécution du jugement, ordre du magistrat.

Nous avons fait la preuve de la validité de cette théorie, et, par là même, de la parfaite légalité des astreintes.

Ce qui nous reste maintenant à faire, avant de passer à notre conclusion, c'est d'examiner en quelques mots quel accueil la doctrine et la jurisprudence ont fait à la nouvelle théorie.

Nous verrons, parmi les auteurs qui se sont occupés de la question, si ceux-ci admettent, de nos jours, pour les juges le pouvoir de prononcer des injonctions.

En ce sens, MM. Baudry-Lacantinerie et Barde (1) disent : « L'argumentation de M. Esmein est certainement ingénieuse et séduisante. Nous ne croyons pas cependant devoir nous laisser convaincre. Elle nous paraît peu compatible avec les principes qui gouvernent aujourd'hui notre organisation judiciaire. » Et plus loin : « Peut-on la concilier avec la séparation des pouvoirs, avec la règle *Nulla poena sine lege*, avec l'exclusion des peines arbitraires ? Dans notre matière, l'histoire, envisagée comme un moyen d'interpréter le droit actuel, ne saurait avoir

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, 3^e édit., 1906, p. 507, n^o 479 bis.

grande autorité; car en ce qui regarde les pouvoirs du juge, il existe incontestablement une différence considérable entre l'ancien régime et le nouveau. »

Mais les deux auteurs contestent aussi la portée des passages de Henrion de Pansey, notamment : « Le juge ne peut commander au nom de la loi que dans les formes qu'elle a établies, et pour l'exécution des ordres qu'elle autorise à donner. » L'autre argument en faveur de notre théorie, tiré de l'art. 1306, ne vaut rien également, car MM. Baudry-Lacantinerie et Barde se contentent, par une simple affirmation, de lui accorder un sens tout à fait restrictif.

Que pouvons-nous répondre à ces critiques ? Aux citations et autorités invoquées, on oppose de simples affirmations.

Donc, d'après ces auteurs, le juge ne possède plus le pouvoir de prononcer des injonctions, car cela est peu compatible avec les principes qui gouvernent aujourd'hui notre organisation judiciaire.

Mais comment fait-on la preuve que la nouvelle organisation judiciaire ait rompu la vieille pratique qui accordait au juge le pouvoir de prononcer des injonctions ? Aucun auteur invoqué, aucun texte cité, sinon le passage de Pansey, d'où l'on cherche à déduire le contraire de ce que nous lui avons attribué.

Or, ce qui est essentiel dans le texte de Pansey,

ce n'est pas le fragment cité par Baudry-Lacantinerie et Barde, mais tout au contraire le commencement du texte, où, parlant des éléments de l'autorité judiciaire, il les réduit à deux : la *juridiction* et le *commandement*. Et l'importance que Henrion de Pansey attache à ce deuxième élément est tellement important, que lui-même nous avertit par ces mots : « Nous ne donnerions donc qu'une idée très imparfaite de l'autorité judiciaire si, après avoir défini la juridiction, nous ne faisons pas voir en quoi consiste le commandement judiciaire » (p. 101).

Quand notre auteur restreint le pouvoir du magistrat, il le fait justement parce que lui-même se rend compte de l'importance de ce pouvoir du juge qui, s'il en abusait outre mesure, ou même sans une grande circonspection, dépasserait le but prévu par le législateur.

Il s'agit donc dans ce cas d'un pouvoir tellement important qu'on a cru nécessaire de fixer au juge certaines limites d'application, et ainsi l'auteur s'est prononcé catégoriquement en faveur d'une étroite application de ce principe : « *Comme cette union (commandement uni à la jurisprudence) n'est fondée que sur la nécessité d'assurer le règne de la loi, le juge ne peut commander qu'au nom de loi, que dans les formes qu'elle a établies et pour l'exécution des ordres qu'elle autorise à donner.* »

Or, comme nous l'avons vu, la loi permettait

dans l'ancien droit au juge de prononcer des injonctions.

Donc, si l'intention de Henrion de Pansey était de limiter ce pouvoir aux hypothèses déterminées par la loi en vertu d'une autorisation spéciale, il l'aurait dit.

Nous interprétons de la sorte la pensée de notre auteur, en lisant les premières pages du livre de Henrion de Pansey que nous avons cité.

Son but n'est point d'innover ou de chercher de nouveaux arguments pour expliquer le droit et ses institutions, mais de faire connaître les idées et les caractéristiques des anciens auteurs et nous montrer leur point de départ et les résultats.

Et après avoir fait cette exposition, l'auteur dit : « Enfin on sera moins travaillé du désir d'innover, et l'on s'attachera davantage à l'ordre établi lorsque l'on saura combien il a coûté de temps, de méditations et d'efforts. » (Introd., p. 2, *op. cit.*)

Nous pensons donc que si Henrion de Pansey avait été convaincu d'une différence entre le droit moderne et le droit ancien, concernant l'*imperium* du juge, lui, qui était un des plus illustres magistrats de son temps, l'aurait dit; mais il s'est limité à l'exposition pure et simple des idées de son temps en cette matière.

Nous conservons donc à notre passage le sens premier donné par M. Esmein, sens qu'à notre tour nous adoptons complètement.

Quant à cette idée du même auteur, que l'article 1036 du Code de procédure civile doit s'interpréter restrictivement, nous la repoussons entièrement.

Ce serait nier l'évidence en interprétant de la sorte un article qui, comme nous l'avons prouvé, ne doit pas avoir une portée si limitée.

Il n'y a aucun doute que l'art. 1036 du Code de procédure civile doit être interprété largement, étant donné que, dans l'esprit de ceux qui ont rédigé le Code de procédure, l'idée de maintenir au nouveau texte le sens de l'ancien droit a été une idée directrice trop évidente pour être contestée.

En ce sens, le passage ci-dessus cité, en parlant de l'interprétation de l'article 1036, est dit nettement : « Son but (de la commission) au surplus n'a pas été de créer des dispositions nouvelles; elle s'est fait au contraire un devoir de maintenir toutes celles qui ont paru utiles parmi les dispositions existantes. » (Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 18.)

Il nous reste encore à discuter les critiques ainsi formulées par les mêmes auteurs : « Peut-on la concilier (notre théorie) avec la séparation des pouvoirs, et avec la règle *Nulla poena sine lege*, avec l'exclusion des peines arbitraires? »

Nous répondrons nettement, et sans aucune hésitation, oui. Sur quoi appuyons-nous notre argumentation en donnant une réponse si nettement affirmative?

C'est qu'à notre idée, on ne doit pas envisager l'astreinte comme une peine au sens juridique du mot, quoique la formule employée soit souvent conçue de la façon suivante : « à peine de,... »

La condamnation dont il s'agit dans notre système n'est pas une véritable pénalité, car la peine, au sens strictement juridique du mot, a pour caractère essentiel de mettre en garde pour l'avenir.

Or, ce n'est pas la caractéristique essentielle de l'astreinte qui ne cherche que de vaincre la résistance du débiteur. La condamnation d'un individu à une peine exemplaire n'est pas le but des astreintes. Celles-ci ne concernent que le débiteur seul. L'astreinte n'a pas toutes les caractéristiques d'une peine.

En effet, nous ne rencontrons pas dans notre système, par exemple, la contrainte par corps qui n'est pas applicable en matière d'astreintes. Donc le juge par l'astreinte n'édicte pas une peine et n'empiète pas sur les pouvoirs du législateur. Par conséquent, aucune infraction au principe de la séparation des pouvoirs.

Dans les astreintes le juge ne fait que sanctionner une mesure qu'il a le droit d'ordonner en vertu du pouvoir de commandement qui lui appartient (1).

(1) Voir en ce sens Cass. 1859, J. O. 59, p. 1179.; Cass. 13 déc. 1886, S. 87. 1. 176 ; D. 87. 1. 386 ; Esmein, *op. cit.*, p. 53.

Il ne s'arroge pas le droit d'édicter des peines, qui pourtant lui est conféré dans un cas par la loi (art. 512. C. proc. civ.). Ce n'est pas notre intention de lui accorder un tel pouvoir.

En employant l'astreinte, le juge n'a point pour but de modifier ou d'interpréter arbitrairement le texte de loi concernant les voies d'exécution.

L'astreinte n'est pas une voie d'exécution, et nous l'avons suffisamment démontré dans l'avant-propos de notre travail en parlant des causes des astreintes.

Nous ne reviendrons donc pas sur cette question. Dans le même sens nous pouvons invoquer, en dehors de l'opinion de M. Esmein, celle de M. Planiol. Lui aussi admet la théorie des astreintes, ainsi que nous l'avons interprétée, et pour les mêmes raisons que M. Esmein (1). Mais l'idée est fortement reprise dans un livre récent (2) et que j'ai eu l'occasion de citer plusieurs fois.

En parlant de *l'action en justice et le rôle du juge*, M. Demogue s'exprime ainsi, pour caractériser le rôle et le pouvoir des juges d'aujourd'hui : « Aussi la justice tient-elle d'une main la balance, au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre l'épée, au moyen de laquelle elle le défend. *Les juges sont donc*

(1) Planiol, t. II, 6^e édit., 1913, p. 74, n^o 209, texte et note 4, n^o 210.

(2) René Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911.

à la fois des experts de faits et de droit ayant une application souveraine et des autorités ayant le droit de commander. » (*Op. cit.*, p. 521.)

Donc pas de doute. Car ce qui « dans un jugement frappe d'abord, et ce qui a dû frapper davantage les peuples primitifs, *c'est l'ordre qu'il contient*, et que fortifie, dans la procédure actuelle, la formule exécutoire », ajoute plus loin notre auteur.

D'ailleurs, nous avons trouvé cette idée d'un pouvoir d'injonction dans des textes où l'on envisage la question. Voici, par exemple, ce que nous trouvons dans un passage de M. Géouffre de Lapradelle (1), où l'auteur parle du rôle actuel de la jurisprudence civile et administrative envisagée au point de vue prétorien.

Il dit notamment : « Au sens strict, le pouvoir prétorien du juge, c'est le pouvoir réglementaire ; c'est le pouvoir d'édicter à l'avance un règlement suivant lequel il jugera ultérieurement certaines affaires, comme faisait le préteur par son édit, lors de son entrée en charge. »

Et plus loin : « Mais aucun juge, ni civil ni administratif, ne saurait avoir de pouvoir semblable à celui du préteur romain. En effet, par l'art. 5 C. civ., il est défendu aux juges civils de statuer par voie

(1) Geouffre de Lapradelle, à son cours de droit administratif (Juridiction et contentieux), 1912-1913.

réglementaire et générale. » En parlant toujours du rôle du juge au point de vue prétorien, il conclut : « Donc, au sens romain du mot, le juge ne possède pas de pouvoir réglementaire, ni en matière civile, ni en matière administrative. »

« Mais, dans un sens large, le pouvoir particulier du juge est un pouvoir de créer le droit par la seule persistance de sa jurisprudence, soit que le juge complète la loi, qui ne renferme pas une disposition précise, soit même que, dans certaines circonstances, il enstreigne l'application, sans la volonté du législateur, soit même qu'un texte formel ait exprimé la volonté ou l'intention du législateur. »

Le juge s'arroge ainsi le droit, soit de suppléer, soit même de corriger la loi.

C'est une opinion analogue à la notre. Aucun juge, ni civil ni administratif, ne saurait avoir un pouvoir réglementaire (semblable à celui du préteur romain); *mais dans un sens large, il aura un pouvoir de créer le droit par la seule persistance de sa jurisprudence, soit qu'il complète la loi, soit qu'il enstreigne l'application sans la volonté du législateur.*

Nous pensons que dans les astreintes les juges ne se sont pas éloignés des limites normales.

En effet, ils n'ont fait qu'user largement d'un pouvoir de créer le droit par la seule persistance de

sa jurisprudence, en complétant la loi, sans la volonté manifestée du législateur.

Nous ne savons pas si ce nouveau texte, pour la première fois invoqué à l'appui de notre question, a la portée que nous avons voulu lui donner.

En tout cas, en le lisant, il nous a tellement frappé par ses allusions si évidentes concernant les pouvoirs des juges, que nous avons cru devoir le reproduire. La même chose nous est arrivée en lisant une note sur un arrêt de la chambre civile du 17 novembre 1913, faite par M. Binet (D. P. 1914. 1. 5).

Dans l'espèce il s'agissait de savoir si les notaires peuvent, sans ordonnance du tribunal, à peine de dommages-intérêts et des sanctions disciplinaires, délivrer des expéditions ou donner connaissance des actes reçus par eux à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants cause. En discutant la question concernant cette affaire, M. Binet s'exprime ainsi, quand il s'agit de savoir les cas dans lesquels les notaires pourront délivrer des expéditions : « Telle est la règle qui s'impose au notaire, *règle qui, en principe, ne doit céder que sur une injonction de l'autorité judiciaire* (1). »

(1) C'est la seule autorité qui doit imposer aux notaires, et, par conséquent, ils ne sont pas tenus de se conformer à une circulaire du ministre de la Justice (même arrêt).

Voilà un texte clair et décisif :

Les magistrats possèdent encore le pouvoir de prononcer des injonctions.

C'est ce que nous avons voulu démontrer, et ce que nous laissons à l'appréciation des lecteurs pour apprécier si nous avons réussi ou non.

La jurisprudence appuie par ses manifestations la nouvelle théorie. Si nous la citons encore, c'est parce que les derniers arrêts ont été tous formés dans le sens de notre théorie.

Aujourd'hui nous ne trouvons plus d'arrêts légitimant les astreintes par l'idée d'une allocation pour des dommages-intérêts, dus à cause du préjudice causé par le retard dans l'exécution.

C'est le pouvoir de prononcer des injonctions qui justifie la rédaction des arrêts en la matière.

De nombreux exemples nous en sont fournis (Req. 18 nov. 1907) : « La Cour, attendu qu'en prononçant une condamnation dont l'objet consiste d'un fait personnel à la partie condamnée, *les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner que leur décision sera exécutée dans un certain délai, à peine de dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard.* » (D. P. 1908. 1. 23.)

Voir encore : Cour d'appel de Bourges du 2 avril 1912 : « Considérant que la condamnation à l'astreinte n'avait pas le caractère de dommages-intérêts alloués à R.; que celui-ci ne faisait point usage depuis un assez long temps et... que, dans

cette circonstance, il n'y avait lieu, pour le passé, à la réparation d'aucun préjudice, et que, *pour l'avenir, il importait uniquement d'assurer l'exécution de la sentence judiciaire*, qu'ainsi l'astreinte était purement cominatoire. » *Gazette du Palais*, 4 mai 1912, D. P. 1913. 5. 38. — Voir aussi C. d'Indo-Chine, 29 avril 1910, D. P. 1912. 2. 71; Toulouse, 30 juin 1909, P. et S. 1909. 2. 272; Nancy, 20 janvier 1906, D. P. 1910. 1. 471; S. 10, 2. 137; Trib. civ. Sens, 15 juill. 1909, D. D. 1911. 2. 303; S. 11. 2. 260.)

Ce sont les plus récents arrêts que nous avons pu nous procurer. Tous ne voient dans les astreintes qu'une menace, une peine comminatoire.

C'est le pouvoir du juge de prononcer des injonctions, d'exécuter à tout prix les jugements qu'ils ordonnent.

Nous terminerons par ces lignes. Inutile d'insister davantage; nous croyons avoir assez démontré ce qu'au début de notre travail nous nous étions proposé : *la parfaite légalité des astreintes*.

CONCLUSION

Après les recherches faites jusqu'ici sur les astreintes, nous voici arrivé à la fin de notre travail. Nous nous sommes préoccupés des divers moyens mis par le législateur à la disposition des personnes intéressées à la réalisation en nature de leurs droits.

A cette occasion, nous avons pu nous rendre compte des difficultés rencontrées en pratique dans cette réalisation des droits, en raison de l'insuffisance des moyens légaux, le créancier recevant un équivalent non prévu et insuffisant. Ce sont ces raisons qui ont facilité en pratique la formation des astreintes.

Nous les avons donc exposées telles qu'elles furent envisagées par la jurisprudence, et nous avons montré en même temps les différentes théories auxquelles elles ont donné naissance.

Parmi celles-ci, nous nous sommes arrêté spécialement à celles qui voient dans les astreintes une condamnation à tant par jour de retard pour l'exécution d'un jugement, d'un ordre, d'une injonction de justice.

La question de savoir si le juge possède encore, de nos jours, le pouvoir d'ordonner des injonctions a retenu notre attention et, à cette occasion, pour établir qu'à ce point de vue, entre l'ancien droit et le droit moderne, existe une corrélation étroite, nous avons exposé, en commençant par le droit romain, l'historique de la question.

Et c'est ainsi que, par raisonnements à l'appui desquels nous avons invoqué de nombreuses autorités, nous sommes arrivé non seulement à conclure que les juges avaient, après le Code comme avant celui-ci, le droit de commandement, mais encore à montrer que le Code de procédure contient un article extrêmement important, qui, à ce point de vue, a passé inaperçu.

C'est l'idée que le juge a un pouvoir absolu de commandement, sous la restriction toutefois de l'article 1020 du Code de procédure : qui prescrit que les nullités, amendes et déchéances ne sont jamais comminatoires.

En d'autres termes, comme l'affirme M. Démogue, le juge ne peut donc atténuer des textes formels pour amener une personne à lui obéir.

En soutenant ce pouvoir du juge, et en expliquant les astreintes par une injonction prononcée par le juge, nous avons repoussé aussi les critiques que M. Baudry-Lacantinerie et Barde apportaient encore à notre système.

De cette manière nous avons pensé expliquer le système des astreintes.

Si nos idées n'ont pas contribué à éclaircir cette question si intéressante, nous aurons du moins la satisfaction d'avoir fait de notre mieux pour mettre le lecteur au courant des problèmes jusqu'à présent soulevés par notre théorie.

Ainsi nous terminerons par la constatation que, adoptée par quelques-uns, repoussée par d'autres, la théorie des astreintes paraît définitivement admise telle que nous l'avons envisagée dans les manifestations les plus puissantes de la jurisprudence.

Vu : *le Président de la thèse,*

R. PIÉDELIÈVRE.

Vu : *le Doyen,*

F. LARNAUDE.

Vu, et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS

Définition de l'astreinte.	11
Causes de l'astreinte.	14
Caractères de l'astreinte.	20

INTRODUCTION

Exécution des obligations en droit civil.	23
Effets légaux des obligations.	26
Obligations de faire ou de ne pas faire.	28
Dommages-intérêts.	47

PREMIÈRE PARTIE

La jurisprudence en matière d'astreinte.

CHAPITRE I. — Formation de la jurisprudence.	80
CHAPITRE II. — Étendue de l'astreinte.	95
CHAPITRE III. — Doctrine de la jurisprudence.	106

DEUXIÈME PARTIE

Historique et critique.

CHAPITRE I. — Droit romain.	130
CHAPITRE II. — Ancien Droit français.	135
CHAPITRE III. — Droit moderne.	145
CHAPITRE IV. — Critiques du système jurisprudentiel.	153
CONCLUSION.	167

IMPRIMERIE DE LA JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DALLOZ

IMPRIMERIE DE LA JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DALLOZ
